UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Caio Moysés de Lima

O Império dos Direitos:
Lei e Autoridade Política em Ronald Dworkin

São Paulo
2011

Caio Moysés de Lima

O Império dos Direitos:
Lei e Autoridade Política em Ronald Dworkin

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Filosofia sob a orientação do Professor Doutor Rolf Nelson Kuntz.

São Paulo
2011

“Eis uma das mais incompreensíveis desgraças do homem: ter de confiar aquilo que tem de mais precioso a uma coisa tão instável, tão plástica, infelizmente, como a palavra. Seria necessária muita coragem para verificar o instrumento, adaptando essa chave à sua própria fechadura. Preferimos pegar o primeiro que cair em nossas mãos, forçá-lo um pouco, e se o ferrolho ceder, não se desejará nada além. Admiro os revolucionários que se dão a tanto trabalho para explodir muralhas com dinamite, enquanto o molho de chaves das pessoas bem-pensantes lhes teria permitido entrar tranquilamente pela porta, sem acordar ninguém.”

Georges Bernanos

À minha avó, Alice, aos meus pais, Jayme e Sandra, ao meu irmão, Thiago, e à minha querida Gigi, que me deu o seu amor e o seu computador.

RESUMO

LIMA, Caio Moysés de. *O Império dos Direitos: Lei e Autoridade Política em Ronald Dworkin*. 2011. 184 f. Dissertação – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

O objetivo desta dissertação é expor as características centrais da teoria do filósofo norte-americano Ronald Dworkin sobre a natureza dos direitos “fundamentais” ou “morais”. A referida teoria é aqui compreendida como uma defesa da noção de direitos fundamentais, tal como aparece no sistema constitucional norte-americano, contra os ataques do utilitarismo e do juspositivismo. A concepção dworkiniana dos direitos fundamentais como razões de justiça (ou “princípios”) que operam como “trunfos” contra a utilidade geral é contrastada com duas teses adversárias: a concepção utilitarista dos direitos morais de John Stuart Mill e a tese juspositivista das “fontes sociais”. A famosa querela entre Ronald Dworkin e os juspositivistas é analisada em um enfoque normativo, como uma disputa sobre o conceito de autoridade política: Dworkin compreende os direitos fundamentais como a fonte última da autoridade jurídica, enquanto os positivistas sustentam que uma das funções da autoridade jurídica é precisamente estabelecer quais são os direitos das pessoas.

Palavras-chave: Direito, lei, direitos, filosofia jurídica, filosofia do direito, constitucionalismo, direitos fundamentais, direitos morais, princípios, justiça, trunfos, utilitarismo, juspositivismo, positivismo jurídico, tese das fontes sociais, fontes do direito, autoridade política.

ABSTRACT

LIMA, Caio Moysés de. *Rights' Empire: Law and Political Authority in Ronald Dworkin's Theory*. 2011. 184 f. Thesis (Master Degree) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

The purpose of this research is to expound the main characteristics of Ronald Dworkin's theory of fundamental (or moral) rights. Dworkin's theory is herein considered as a defense of the idea of fundamental rights, as it appears in the United States Constitutional System, against the attacks advanced by the doctrines of utilitarianism and legal positivism. Dworkin's conception of fundamental rights as reasons of justice (or "principles") that function as "trumps" against the general utility is contrasted with two defiant theories: John Stuart Mill's utilitarian conception of moral rights and the positivist "social sources thesis". The well-known debate between Ronald Dworkin and the legal positivists is approached as a normative dispute concerning the concept of political authority: Dworkin regards fundamental rights as the ultimate source of legal authority, whereas legal positivists argue that one of law's main functions is precisely to settle people's rights.

Key Words: Law, rights, legal philosophy, constitutionalism, fundamental rights, moral rights, principles, justice, trumps, utilitarianism, legal positivism, social sources thesis, sources of law, political authority.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

1. Objeto da dissertação	4
2. Questões metodológicas e terminológicas.....	8
2.1. Universalismo ou paroquialismo?	8
2.2. Os direitos e a história	10
2.3. Uma investigação conceitual-normativa	13
2.4. Direitos e linguagem	21
2.5. Notas sobre a terminologia empregada	24
3. Estrutura geral do trabalho	25

II. O PROBLEMA DA NATUREZA DOS DIREITOS

1. Uma resposta decepcionante?.....	27
2. Abordagem analítica. A hipótese reducionista	28
3. Abordagem substantiva. Teorias do interesse e da vontade	34
4. Princípios e políticas públicas	41

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS E UTILIDADE

1. O princípio de utilidade.....	47
2. Utilidade e justiça	53
3. Ronald Dworkin e a precedência do justo sobre o útil	63

IV. A TEORIA DWORKINIANA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Os direitos fundamentais como princípios de justiça	69
2. Os direitos fundamentais e a lei	74
3. Especificação dos direitos fundamentais	87

3.1. A taxonomia dos direitos em <i>Hard Cases</i>	87
3.2. Sopesamento ou exclusão de interesses?	91
4. Síntese parcial.....	98
5. Direitos fundamentais, imoralidade e desobediência civil.....	99
5.1. Direitos fundamentais e imoralidade	100
5.2. Direitos fundamentais e desobediência civil	106
5.3. O critério distintivo dos direitos fundamentais.....	114
6. Uma digressão. Dworkin e o Supremo Tribunal Federal brasileiro.....	115
6.1. Aborto de fetos anencéfalos. Formulação do problema	118
6.2. O caso das células-tronco embrionárias.....	125
6.3. O caso <i>Roe v. Wade</i>	129
6.4. O aborto e a constituição brasileira.....	134
V. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTORIDADE POLÍTICA	
1. Direitos fundamentais e juspositivismo	137
1.1. Regras, princípios, discricionariedade judicial	139
1.2. A tese das fontes	144
1.3. Juspositivismo como “convencionalismo”	149
2. O problema das fontes do direito	152
2.1. Juspositivismo e legalidade	152
2.2. Juspositivismo e autoridade política	156
2.3. Autoridade e direitos fundamentais.....	165
3. Lei e moralidade.....	168
VI. CONCLUSÃO	171
BIBLIOGRAFIA	174

Lista de Abreviações

Os seguintes livros e ensaios de Ronald Dworkin estão referidos no texto pelas seguintes abreviaturas:

IDPH	<i>Is Democracy Possible Here?</i>
IPL	<i>“Introduction” in The Philosophy of Law</i>
JR	<i>Justice in Robes</i>
JH	<i>Justice for Hedgehogs</i>
LD	<i>Life’s Dominion</i>
LE	<i>Law’s Empire</i>
MP	<i>A Matter of Principle</i>
OT	<i>Objectivity and Truth: You’d Better Believe It</i>
RT	<i>Rights as Trumps</i>
SV	<i>Sovereign Virtue</i>
TRS	<i>Taking Rights Seriously</i>

Os números que acompanham essas abreviaturas nas citações indicam as páginas em que se encontra a passagem citada.

As referências a outras obras obedecem ao padrão acadêmico.

I. INTRODUÇÃO

1. Objeto da dissertação

Um dos aspectos salientes do discurso político contemporâneo é a ideia de que todo cidadão é portador de direitos fundamentais. Acostumamo-nos a encarar os problemas de justiça distributiva e as questões relacionadas aos limites do poder do Estado como reivindicações de direitos. Nas relações internacionais, invocamos os direitos do homem e do cidadão para criticar regimes ditatoriais e costumes tribais e para justificar a coordenação de esforços em campos tão distintos como a guerra ao terrorismo, a diminuição da desigualdade econômica entre os povos, e a proteção do meio ambiente.

Mas o que são os direitos fundamentais e por que devem ser respeitados? Muitos já se debruçaram sobre o problema e várias foram as respostas sugeridas pelos filósofos. O tema desta dissertação é uma das mais influentes respostas contemporâneas a essas questões: a teoria dos direitos fundamentais do filósofo norte-americano Ronald Dworkin.

Logo nas primeiras linhas de *Taking Rights Seriously*, sua primeira coletânea de ensaios publicada ainda na década de 1970, Dworkin identifica os “direitos fundamentais”¹ como um importante conceito na tradição do liberalismo político² e refere-se a tais direitos como aqueles que possuem, cumulativamente, as seguintes características: (i) são legalmente postuláveis, independentemente de

¹ Dworkin utiliza de preferência as expressões “*moral rights*”, “*political rights*”, e “*individual rights*”. Empregaremos neste trabalho, por conveniência e facilidade de exposição, a expressão “direitos fundamentais” e “direitos morais”.

² *TRS*: vii.

previsão explícita na legislação; e (ii) servem de crivo para a avaliação da constitucionalidade das leis³. Segundo Dworkin, essas duas características são frontalmente desafiadas pelas vertentes analítica e normativa daquilo que ele chamava, em 1977, de “teoria jurídica dominante”: o juspositivismo e o utilitarismo.

O juspositivismo nega a possibilidade de que existam direitos juridicamente postuláveis sem previsão legislativa (primeira característica dos direitos fundamentais), porque sua tese central, de que as proposições jurídicas (isto é, afirmações sobre o que é lícito ou ilícito) são verdadeiras ou falsas única e exclusivamente em virtude do que dispõem as regras adotadas por certas instituições sociais, parece conduzir à conclusão de que fora e acima dessas regras não pode haver direitos legitimamente reivindicáveis⁴. O utilitarismo, por seu turno, nega que os direitos possam servir de critério de avaliação das leis (segunda característica dos direitos fundamentais), porque *todo* critério genuíno de avaliação seria redutível, em última análise, à utilidade⁵.

Dworkin reconhece que a oposição dos filósofos utilitaristas e juspositivistas à ideia dos direitos fundamentais advém, em grande medida, de sua profunda desconfiança em relação a afirmações que pareçam sugerir a existência de entidades metafísicas, fora ou acima da realidade empírica⁶. Essa desconfiança é o que explica, por exemplo, a tese de Jeremy Bentham⁷ de que os direitos podem ser completamente analisados em termos de deveres. Com efeito, uma vez que a noção

³ *TRS*: ix.

⁴ “Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that is, that individuals or groups can have rights in adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community’s law.” (*TRS*: xi).

⁵ “Economic utilitarianism rejects the idea that political rights can pre-exist legal rights; that is, that citizens can justifiably protest a legislative decision on any ground except that the decision does not in fact serve the general welfare.” (*TRS*: xi).

⁶ Essa opinião é do próprio Dworkin (*TRS*: xi), mas Hart também o afirma em relação a Bentham (Hart, 1982: 129).

⁷ Examinada com mais profundidade no início do Capítulo II desta dissertação.

de “dever” pode, ela própria, na visão de Bentham, ser reduzida às noções mais elementares e *empíricas* de “dor” e “punição”⁸, reduzir direitos a deveres significa, em última instância, demarcar o uso legítimo da palavra “direitos” segundo os cânones de uma ontologia empirista.

Ronald Dworkin não se contrapõe à ontologia empirista da “teoria jurídica dominante”⁹. Em vez disso, observa que os direitos fundamentais não são apenas uma ideia importante para a tradição liberal, mas também um elemento estrutural da experiência concreta do constitucionalismo norte-americano. É principalmente contra o pano de fundo dessa experiência, e não a partir de teses metafísicas, que Dworkin tenciona colocar em prova as doutrinas do juspositivismo e do utilitarismo. Ele quer mostrar que é possível elaborar uma teoria sobre a natureza dos direitos fundamentais sem qualquer tipo de “extravagância ontológica” ou de “reificação” dos direitos¹⁰ e que o constitucionalismo norte-americano não é uma ilusão a ser dissipada, mas um fenômeno a ser explicado.

O nosso propósito, nesta dissertação, é examinar a teoria de Ronald Dworkin à luz das insuficiências do positivismo e do utilitarismo ante a experiência concreta do constitucionalismo norte-americano. Referimo-nos ao constitucionalismo norte-americano para abranger tanto o regime político em vigor nos Estados Unidos da América, quanto os demais regimes que seguem o mesmo modelo no tocante ao papel dos direitos fundamentais como limites para a ação estatal. Por isso, quando

⁸ Para Bentham, dizer que um homem tem o dever de agir de certo modo significaria que (i) no caso de ele agir de modo diferente, provavelmente experimentará uma dor, e (ii) essa dor decorrerá de uma fonte – física, jurídica, política, popular, moral ou religiosa – que chamamos de “sanção”, cuja natureza definirá a espécie de dever de que se trata. Veja Hart, 1982: 131-132.

⁹ **TRS**: xi.

¹⁰ “(...) *Liberals are suspicious of ontological luxury. (...) Individual rights are trumps held by individuals. (...) [T]hat characterization of a right is, of course, formal in the sense that it does not indicate what rights people have or guarantee, indeed, that they have any. But it does not suppose that rights have some metaphysical character (...).*” (**TRS**: xi). Sobre o equívoco da reificação dos direitos, veja **TRS**: 335-336.

citamos, ao longo do trabalho, instituições e conceitos do regime político em vigor no Brasil, entendemos que eles também estão incluídos, naquele aspecto, na experiência concreta do constitucionalismo norte-americano.

A bibliografia acadêmica sobre a obra de Dworkin é vastíssima. Muito se escreveu nas últimas quatro décadas sobre o sentido geral de suas teses e os aspectos mais sutis de seus argumentos. Quando se trata dos direitos fundamentais e da lei, no entanto, não nos parece exagerado dizer que os escritos a respeito da teoria do filósofo norte-americano concentram-se, em sua maioria, em um ou mais dos seguintes temas: a famosa distinção dworkiniana entre princípios e regras; a oposição entre a semântica “criteriológica” de alguns juspositivistas e a semântica “interpretativa” de Dworkin; e as críticas à tese da discricionariedade judicial de H. L. A. Hart.

Apesar de ser importante e proveitosa a abordagem desses temas, concentrar neles toda a atenção parece dar origem a algumas distorções que gostaríamos de evitar neste trabalho. Em primeiro lugar, muitos consideram que a doutrina dworkiniana dos direitos fundamentais apoia-se principalmente na distinção entre princípios e regras, que aparece apenas nos escritos mais antigos do filósofo, enquanto a distinção mais importante entre princípios e políticas públicas, essa sim onipresente na obra de Dworkin, muitas vezes nem sequer é mencionada. Em segundo lugar, o foco exclusivo na semântica “interpretativa”, em contraste com a semântica “criteriológica”, parece frequentemente conduzir à visão equivocada de que as disputas entre Dworkin e os juspositivistas se dão no plano da filosofia da linguagem, quando, para o filósofo norte-americano, qualquer teoria jurídica genuína (o juspositivismo, inclusive) é, na verdade, um exercício de teoria moral e política

normativa¹¹. Por fim, o tema da discricionariedade judicial, quando examinado isoladamente, pode resultar no equívoco de se considerar a teoria dworkiniana como uma teoria dos casos difíceis (*hard cases*), quando a pretensão evidente do filósofo norte-americano é explicar o fenômeno jurídico em sua totalidade.

Por essas razões, pretendemos, neste trabalho, enfatizar as críticas de Dworkin às teses normativas do juspositivismo e do utilitarismo e o papel específico dessas críticas na construção da teoria do filósofo norte-americano. Queremos mostrar também que a ênfase nas teses normativas permite compreender de um modo diferente as discussões travadas entre Dworkin e os juspositivistas sobre uma importante questão conceitual: a relação entre lei e moralidade.

2. Questões metodológicas e terminológicas

2.1. Universalismo ou paroquialismo?

Quando dizemos que Dworkin põe à prova as teses utilitaristas e juspositivistas contra a experiência concreta do constitucionalismo norte-americano, corremos o risco de ser mal compreendidos em um ponto fundamental. A teoria de Ronald Dworkin, além de ser uma teoria do constitucionalismo norte-americano, é também uma teoria do fenômeno jurídico que pretende ocupar os mesmos espaços da “teoria jurídica dominante”.

Quer isso significar que a teoria dworkiniana vale para todos os sistemas políticos, inclusive as teocracias islâmicas e as leis dos antigos?

¹¹ Dworkin, 1984(3): 79.

Poderíamos legitimamente invocar os conceitos dworkinianos de direitos fundamentais e de igualdade de consideração e respeito para interpretar a *Lex Talionis* ou a Sharia?

Dworkin sustenta a possibilidade de atribuir valor de verdade ou falsidade a proposições morais. Defende, portanto, uma espécie de realismo moral¹². Trata-se, contudo, de um realismo bastante peculiar, porque não pretende fundar-se em qualquer pressuposto de ordem metafísica. Apesar de sustentar que os valores são objetivos, na medida em que podem ser predicados de verdade ou falsidade, o filósofo norte-americano não considera que isso seja o mesmo que lhes atribuir validade universal e atemporal.

Assim, no que se refere à abrangência, as pretensões de Dworkin não são nem modestas nem universais. O que ele parece afirmar é apenas que, se os seus argumentos e as suas teses sobre um sistema político específico puderem iluminar também algum aspecto de outro sistema político, não há razão para deixar de aplicá-los ali também¹³; se, por outro lado, esses argumentos e essas teses

¹² “I regard my view of morality as a ‘realist’ one (though, given the notorious ambiguity of the term, not much turns on the attribution) because it embraces the face-value view. I would not volunteer the more baroque formulations of that view, about timeless truths among the furniture of the universe. But if pressed I would insist that, so far as they mean anything at all, they are true. My realism, that is, knows no bounds.” (OT: 127-128). “[The ‘face value’] is the view you and I and most other people have. We think that genocide in Bosnia is wrong, immoral, wicked, odious. We also think that these opinions are true – we might be sufficiently confident, in this case at least, as to say that we know they are true – and that people who disagree are making a bad mistake. We think, moreover, that our opinions are not just subjective reactions to the idea of genocide, but opinions about its actual moral character. We think, in other words, that it is an objective matter – a matter of how things really are – that genocide is wrong.” (OT: 92).

¹³ Em uma passagem de *Taking Rights Seriously*, Dworkin admite, por exemplo, que a ideia de direitos fundamentais pode, em certos aspectos, ser considerada também de um ponto de vista universal: “I give special place to claims of right as claims of a trump over a general utilitarian justification, in the explicitly political chapters of this book, because I am discussing political decisions in communities in which the general collective justification is utilitarian. I do not mean that individuals have rights only in such community. (...) [E]ven the content of rights may vary with background justification, or with the structure of political institutions designed to enforce different background justifications. (...) But many rights are universal, because arguments are available in favour of these rights against any collective justification in any circumstances reasonably likely to be found in political society. It is these that might plausibly be called human rights”. (TRS: 365). E reafirma isso, 30 anos

parecerem estranhos, deslocados ou sem sentido em algum contexto específico, basta reconhecer que eles cuidam de algo que não se apresenta, não se aplica ou é falso naquele contexto¹⁴. A teoria dworkiniana será paroquial ou universal conforme o aspecto a partir do qual for considerada¹⁵.

2.2. Os direitos e a história

A linguagem dos direitos está de tal modo impregnada em nosso cotidiano hoje que já não é difícil encontrar quem manifeste suas aspirações à

depois, em *Justice in Robes*: “It is a frequent objection among British critics that my project is either parochial in inspiration – that it aims at no more than explaining the legal practice of my own country – or obviously parochial in result because we can somehow see, without much thought or research, that it fits only that one legal practice. In fact, my account aims at very great generality, and how far it succeeds in that aim can only be assessed by a much more painstaking exercise in comparative legal interpretation than these critics have undertaken”. (JR: 185).

¹⁴ Veja, a esse respeito, o exemplo imaginário de um filósofo com a tarefa de interpretar a instituição social da “cortesia”: “[The philosopher’s] explanation of the sense in which courtesy remains the same institution throughout its career of changes and adaptation and across different communities with very different rules will not appeal to any ‘defining feature’ common to all instances or examples of that institution. For by hypothesis there is no such feature: courtesy is at one stage regarded as a matter of respect, and at another as something very different. His explanation will be historical: the institution has the continuity – to use the familiar Wittgensteinian figure – of a rope composed of many strands no one of which runs for its entire length or across its entire width. It is only a historical fact that the present institution is the descendant, through interpretive adaptations of the sort we noticed, of earlier ones, and that foreign institutions are also descendants of similar earlier examples. The changes from one period to another, or the differences from one society to another, may be sufficiently great so that the continuity should be denied. Which changes are great enough to cut the thread of continuity? That itself is an interpretive question, and the answer would depend on why the question of continuity arises”. (LE: 69-70).

¹⁵ “We can make our interpretive explication of our own practices very detailed, in which case it would of course be sensitive to features of our own practice – our rules and practices of precedent, for instance – that are special to us. Or we can make our explication much more abstract, in which case it would have much wider application. Raz says that ‘Dworkin’s theory of law was from the start parochial.’ He has in mind my observation in *Law’s Empire* that a theory of law for us is a theory of our law; I meant that a theory carried into the detail of that book is tailored to our local practices and might not fit those of other political communities. So whether Raz’s characterization of my views is correct depends on what he understands as ‘my’ theory of law: the more abstract he takes my theory to be, the less accurate is his observation. How universal can an interpretive theory of legal doctrine be? Suppose we set out to construct an interpretation of legal practice that would fit everything we took to fall under our sociological concept of law. How much detail could that highly abstract interpretation contain? Perhaps very little: it may be that once we begin the process any interpretive steps we take automatically make our interpretive account more parochial. (...) So I suppose the best answer to the question whether my theory of law is meant to be universal or parochial is: both.” (JR: 230-231)

felicidade como um “direito a ser feliz” ou quem mostre indignação afirmando que “fulano não tinha o direito de fazer isso ou aquilo”. É como se alguns aspectos da nossa vida social não pudessem ser explicados e compreendidos adequadamente senão por meio da linguagem dos direitos. Pode surpreender, portanto, que essa forma de expressão não existisse entre os antigos e tenha surgido e se disseminado entre nós apenas em tempos relativamente recentes¹⁶.

Os estudiosos divergem sobre a origem dessa nova linguagem e discutem se ela representou um avanço ou um retrocesso, mas não há quem conteste a sua importância na história recente da humanidade. Basta pensar no papel fundamental que ela desempenhou em alguns dos eventos históricos mais importantes dos últimos três séculos: a independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa, e a criação da Organização das Nações Unidas.

A linguagem dos direitos tem, portanto, uma história. Parece, então, legítimo indagar: como é possível examinar adequadamente o tema da natureza dos direitos fundamentais sem levar também em consideração essa história? Uma vez que o assunto está completamente ausente deste trabalho, a alguns poderia parecer que a nossa investigação padece de um insanável vício metodológico. A esses devemos desde logo uma explicação.

A razão mais óbvia para não abordarmos temas de história da linguagem dos direitos neste trabalho está em que o próprio autor estudado não o faz em seus textos. Reconhecemos, todavia, que essa ainda não é uma razão conclusiva, porque continuaria possível sustentar que a linguagem explícita de um filósofo esconde concepções e esquemas mentais somente desvendáveis e

¹⁶ Veja Villey, 2005; Tierney, 2001; Tuck, 1979; Edmundson, 2004; Lopes, 2004.

compreensíveis quando colocados em perspectiva histórica.

Ainda que nos pareça legítima, essa possível objeção não configura um verdadeiro obstáculo à realização de uma investigação mais modesta como a presente. Com efeito, mesmo admitindo a necessidade do estudo histórico para uma compreensão mais completa do fenômeno dos direitos, ainda assim nos parece possível fixar como limite de análise um contexto histórico específico. Para utilizar uma distinção cara aos linguistas, pretendemos desenvolver uma investigação sincrônica ao invés de diacrônica. Não tencionamos, neste trabalho, discutir a noção de direitos fundamentais senão no sentido em que essa noção é *hoje* compreendida nas democracias constitucionais que seguem o modelo norte-americano.

Para melhor esclarecer as nossas intenções, é bastante útil recorrer à distinção frequentemente utilizada por Ronald Dworkin entre a explicação de um conceito e a sua justificação¹⁷. Buscamos *explicar* um conceito quando indagamos sobre a sua origem. Esse tipo de investigação admite formas variadas, porque a origem de nossos conceitos pode ser examinada não só do ponto de vista histórico, como também dos pontos de vista sociológico, antropológico ou biológico. Por outro lado, *justificar* um conceito é um empreendimento bastante distinto (diremos, conforme será logo explicado, que tal empreendimento tem natureza “conceitual-normativa”¹⁸), porque tem por objeto examinar se há *razões* por que devemos manter ainda hoje o conceito em questão, independentemente da sua origem. O nosso estudo diz respeito à justificativa dos direitos fundamentais muito mais que à origem do conceito.

¹⁷ Veja **LE**: 426-428 e **JH**: 79-80.

¹⁸ Os adjetivos “conceitual” e “normativo” são sugeridos pelo próprio Dworkin. (Veja **TRS**: vii; **JR**: 154-155; Dworkin, 1984(3)). O significado desses adjetivos é mais bem explicado adiante.

Há, ainda, uma terceira razão para considerarmos possível a presente investigação. Toda história é história de algo. Por isso, faz-se necessário algum conhecimento prévio, ainda que superficial, do objeto cuja história se pretende narrar. Ora, uma vez que a investigação conceitual-normativa a que nos referimos acima envolve precisamente o exame da noção de direitos fundamentais no contexto de uma certa época e lugar, tal investigação parece-nos não apenas necessária como logicamente anterior ao estudo da história do conceito¹⁹.

2.3. Uma investigação conceitual-normativa

A investigação sobre a natureza dos direitos fundamentais, no sentido aqui indicado, abrange quatro questões inter-relacionadas: (i) o que são os direitos fundamentais; (ii) qual a origem da sua força vinculante; (iii) como é possível determinar os direitos fundamentais em vigor; e (iv) que efeitos derivam da existência desses direitos. A primeira questão, de natureza conceitual, é vinculada, necessariamente, às outras três, de natureza normativa. Estas últimas dizem respeito, respectivamente, à relação entre a lei e os direitos, à relação entre os direitos e a jurisdição e à relação entre os direitos e a obrigação de obedecer à lei²⁰.

¹⁹ A história dos conceitos jurídicos depende da compreensão daquilo que José Reinaldo de Lima Lopes chama de “definições estipulativas” (veja Lopes, 2004: 27-46). Essas definições “parecem-se com regras, são prescritivas: delimitam como deve ser usado um termo ou como ele será usado por certo autor em certo texto ou contexto”. (Lopes, 2004: 27). Ronald Dworkin também fala em “estipulação” para explicar a sua abordagem metodológica: “(...) *I do not claim (as I was careful to say) that my account of rights captures ordinary language exactly or completely. My account is in that sense a stipulation*”. (*TRS*: 366). Sobre a importância do estudo conceitual para a investigação histórica, veja também Edmundson, 2004: 5-7.

²⁰ Traçamos aqui um paralelo com as questões que, segundo Dworkin, devem fazer parte de uma teoria geral da lei: “*A general theory of law must be normative as well as conceptual. Its normative part must treat a variety of topics indicated by the following catalogue. It must have a theory of*

A resposta a essas quatro questões, no contexto das modernas democracias constitucionais que seguem o modelo norte-americano, é o objeto próprio da teoria de Ronald Dworkin e o nosso tema específico de estudos nesta dissertação.

Como é possível uma investigação conceitual ser também normativa²¹? Em um certo sentido, a resposta é um tanto óbvia. Dizer o *que* são os direitos fundamentais implica também dizer algo sobre os nossos deveres e os deveres dos outros, isto é, sobre aquilo que as pessoas podem legitimamente reivindicar umas das outras. Ronald Dworkin oferece, entretanto, uma explicação bastante mais elaborada da relação entre conceitos morais em sentido amplo (morais, políticos, jurídicos) e as estruturas normativas em que tais conceitos aparecem. Não é objeto deste trabalho examinar a fundo essa explicação. Vamos, todavia, aproveitar o espaço desta Introdução para destacar alguns dos aspectos fundamentais daquilo que poderíamos chamar, à moda dos filósofos de língua inglesa, de “epistemologia moral” dworkiniana.

Conforme mencionado anteriormente, Dworkin sustenta uma espécie de realismo moral. Para ele, os valores têm em comum com os objetos da natureza duas propriedades importantes: (i) são reais, porque não inventados por ninguém em especial e existentes independentemente de crenças ou decisões individuais; e (ii) têm uma estrutura profunda que explica as suas características mais aparentes. A diferença entre os objetos físicos e os valores está apenas na natureza de sua estrutura profunda: nos objetos naturais, essa estrutura é física; nos valores, é normativa. Assim, ao investigar a natureza da liberdade, por exemplo, o filósofo não

legislation, of adjudication, and of compliance; these three theories look at the normative questions of law from the standpoints of a lawmaker, a judge, and an ordinary citizen. (...). (TRS: vii-viii).

²¹ É o próprio Dworkin quem enuncia o problema: “How can a normative argument also be conceptual?”. (JR: 154).

faz outra coisa senão desvendar a estrutura normativa profunda desse conceito moral²².

Ora, a estrutura normativa dos conceitos morais, na perspectiva dworkiniana, é uma espécie de “rede” que representa a relação complexa de interdependência e sustentação mútua que esses conceitos mantêm entre si. Para o filósofo norte-americano, é *impossível* investigar a natureza de um conceito moral sem, ao mesmo tempo, empreender o exame da natureza dos outros conceitos morais com os quais ele se relaciona²³.

Isso se deve à autonomia da moral em relação às ciências naturais e à diferença essencial que existe entre esses dois domínios de conhecimento²⁴. Com

²² “(...) [I]n fact there are instructive similarities between natural kinds and political concepts (...). Natural kinds have the following important properties. They are real: neither their existence nor their features depend on anyone’s invention or belief or decision. They have a deep structure – their genetic profile or molecular character – that explains the rest of their features through which we recognize them whether or not we are aware of that deep structure. (...) Political and other values are in almost all those respects like natural kinds. First, political values, too, are real: the existence and character of freedom as a value does not depend on anyone’s invention or belief or decision. That is, I know, a controversial claim: many philosophers dispute it. But I shall assume it is true. Second, political values have a deep structure that explains their concrete manifestations. If progressive taxation is unjust, it is unjust in virtue of some more general, fundamental property of just institutions that progressive taxation lacks. That, too, is a controversial claim: it would be rejected by ‘intuitionists’ who believe that concrete moral facts are simply true in and of themselves, as they are, in their view, apprehended to be true. But once again I shall assume it to be true. The difference between natural kinds and political values that I emphasized of course remains after we have noticed these similarities. The deep structure of natural kinds is physical. The deep structure of political values is not physical – it is normative. But just as a scientist can aim, as a distinct kind of project, to reveal the very nature of a tiger or of gold by exposing the basic physical structure of these entities, so a political philosopher can aim to reveal the very nature of freedom by exposing its normative core. In each case we describe the enterprise, if we wish, as conceptual. The physicist helps us to see the essence of water; the philosopher helps us to see the essence of liberty. (...) We cannot sensibly claim that a philosophical analysis of a value is conceptual, neutral and disengaged. But we can sensibly claim it to be normative, engaged, and conceptual.” (JR: 154-155).

²³ “That means that a defense of some particular conception of a political value like equality or liberty must draw on values beyond itself; it would be flaccidly circular to appeal to liberty to defend a conception of liberty. So political concepts must be integrated with one another. We cannot defend a conception of any of them without showing how our conception fits with and into appealing conceptions of the others.” (JH: 7).

²⁴ A autonomia entre esses dois domínios de investigação apoia-se, segundo Dworkin, no princípio geralmente atribuído a David Hume de que não é possível derivar um preceito normativo de premissas puramente factuais: “The great Scottish philosopher David Hume is widely understood to have declared that no amount of empirical discovery about the state of the world – no revelations about the course of history or the ultimate nature of matter or the truth about human nature – can establish any conclusions about what ought to be without a further premise or assumption about what

efeito, no domínio das ciências naturais, as razões e os desejos pessoais que motivam um cientista não interferem com a verdade ou falsidade dos fatos por ele investigados. Uma proposição das ciências naturais pode, por isso, ser verdadeira ou falsa em si mesma, independentemente do que o cientista pense ou sinta a respeito²⁵. No domínio da moralidade, no entanto, uma proposição *nunca* pode ser verdadeira ou falsa independentemente das motivações ou convicções do investigador, porque os juízos morais são sempre intencionais.

Disso decorre a total impossibilidade de atribuir verdade ou falsidade a preceitos morais com base em realidades factuais, sejam elas de ordem física ou metafísica²⁶. Eis o significado do famoso “antiarquimedeanismo” dworkiniano: a moralidade não pode apoiar-se em algo que esteja fora do seu próprio domínio; todo juízo *sobre* a moralidade é ao mesmo tempo um juízo *de* moralidade²⁷. A verdade de

ought to be. Hume's principle (as I shall call the general claim) is often taken to have a stark skeptical consequence, because it suggests that we cannot discover, through the only modes of knowledge available to us, whether any of our ethical or moral convictions is true. In fact (...) his principle has the opposite consequence. It undermines philosophical skepticism, because the proposition that it is not true that genocide is wrong is itself a moral proposition, and, if Hume's principle is sound, that proposition cannot be established by any discoveries of logic or facts about the basic structure of the universe. Hume's principle, properly understood, supports not skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge with its own standards of inquiry and justification". (JH: 17). Dworkin vale-se de uma certa ambiguidade na tese humeana, que pode ser compreendida em sentido lógico ou ontológico, isto é, como uma afirmação sobre o mundo ou sobre a estrutura do argumento moral válido. Ocorre que, quando interpretada no sentido ontológico, a tese viola precisamente a distinção radical entre o domínio das ciências e o domínio da moralidade, porque ela própria passa a ser um exemplo de proposição híbrida, que se aplica simultaneamente a essas duas esferas de investigação. De outro lado, quando interpretada em sentido lógico, a tese é claramente insuficiente para sustentar a separação ontológica entre os reinos da natureza e da moralidade. Esta última dificuldade talvez pudesse ser contornada à luz de uma filosofia crítica no sentido kantiano, mas, nesse caso, o edifício seria erguido não sobre a tese humeana e sim sobre essa outra filosofia. Não encontramos menção alguma a tal dificuldade na obra de Dworkin. O filósofo afirma, tão somente, que o princípio de Hume é, ele próprio, uma tese sobre responsabilidade moral. (Veja JH: 122). O tópico refoge do objeto desta dissertação e não pretendemos aprofundá-lo; mencionamos o problema apenas para deixar entrever um pouco da complexidade por trás das premissas metodológicas aqui singelamente examinadas.

²⁵ JH: 113-117 e 152-153.

²⁶ “But in fact there is only one way we can ‘earn’ the right to think that some moral judgment is true, and this has nothing to do with physics or metaphysics. If I want to earn the right to call the proposition that abortion is always wrong true, then I have to provide moral arguments for that very strong opinion. There just is no other way.” (JH: 26).

²⁷ “We cannot climb outside of morality to judge it from some external Archimedean tribunal, any more than we can climb out of reason itself to test it from above.” (OT: 128). A propósito dessa

uma proposição moral é sempre fundada em outras proposições morais; não se pode apontar para fatos existentes independentemente da moralidade ou pretender demonstrar que a proposição é verdadeira em si mesma; o que se pode oferecer é apenas um conjunto de argumentos (*a case*) que revele a consistência da proposição com o restante das convicções morais em jogo²⁸. A investigação moral é, por isso, holística: a verdade ou falsidade de uma proposição moral depende da posição que ela ocupa no conjunto de todas as convicções morais do investigador. Os fatos amorais da vida ordinária ingressam no domínio da racionalidade moral apenas quando se trata de extrair consequências concretas de juízos morais gerais²⁹.

Não haveria aqui uma espécie de circularidade? Dworkin reconhece que sim, porque a “rede” das convicções morais, idealmente, fecha-se sobre si

característica fundamental do pensamento dworkiniano, afirma Arthur Ripstein: “*The most significant and most central theme of Dworkin’s work is his rejection of all attempts to address questions in moral, legal, or political philosophy from a standpoint outside of our ordinary ways of thinking about them. He thus refuses to engage in what is sometimes taken to be the defining project of philosophy, that is, the project of finding an ‘Archimedean point’ outside of our ordinary ways of thinking about things, a point that will give us some special purchase on the questions that we find most difficult to address. (...) [T]he only kind of arguments about practical life that is of significance is the kind of familiar, first-order arguments that we all know how to recognize. (...) All of Dworkin’s contributions to philosophy reflect his resolute rejection of Archimedeanism*”. (Ripstein, 2007: 5-7).

²⁸ “(...) We can say nothing more helpful than what I just said: a moral judgment is made true by an adequate case for its truth. When are we justified in supposing a moral judgment true? My answer: when we are justified in thinking that our arguments for holding it true are adequate arguments.” (JH: 37). “Because value judgments cannot be barely true, they can be true only in virtue of a case. (...) Given Hume’s principle, that case must contain further value judgments – about the right understanding of the doctrine of precedent or about the responsibilities of political officials. None of those further value judgments can be barely true either. They can be true only if a further case can be made supporting each of them, and that further case will ramify into a host of other judgments about law and blame that cannot themselves be barely true but need yet further cases to show them true if they are true. How can this process come to an end? (...) The best we can say is: the argument ends when it meets itself, if it ever does.” (JH: 116-117). “The truth of any true moral judgment consists in the truth of an indefinite number of other moral judgments. And its truth provides part of what constitutes the truth of any of those others. There is no hierarchy of moral principles built on axiomatic foundations (...).” (JH: 117).

²⁹ “I assume that people’s moral convictions form at least a loose set or system of interconnected propositions with a distinct subject matter: people have convictions at different levels of abstraction about what is right and wrong, good and bad, worthy and unworthy. (...) Moral reflection of that kind takes account of ordinary nonmoral facts as well, of course: facts about the impact of divorce on children’s welfare, for instance. However, it appeals to such nonmoral facts only by way of drawing concrete implications from more general moral claims.” (JH: 30-31).

mesma. Todavia, sustenta que a circularidade só será viciosa se o círculo de convicções morais não for abrangente o bastante. O fundamental é a estrutura como um todo. Quanto maior e mais coerente a “rede” normativa de nossos conceitos morais, tanto mais sólidas serão as nossas convicções sobre quais condutas são certas ou erradas, justas ou injustas, etc.³⁰.

Isso não seria uma forma de arquimedianismo? Ao refletir sobre o modo como as proposições morais podem ser predicadas de verdade ou falsidade não estaria o filósofo norte-americano emitindo juízos amorais sobre a moralidade? Dworkin sustenta que sua epistemologia moral é “integrada”³¹. Tal como qualquer juízo sobre a moralidade, ela própria é uma *atitude* moral³². O que chamamos de “epistemologia moral”, na visão de Dworkin, é apenas um outro nome para “responsabilidade”³³.

Agimos com responsabilidade quando somos coerentes com nossas próprias convicções, quando nossas atitudes são fundadas em princípios em vez de conveniências ou leviandade, quando somos moralmente íntegros e não oportunistas. A responsabilidade exige que sejamos sinceros e verazes em relação àquilo em que acreditamos e busquemos formar nossas convicções nesse espírito

³⁰ “We are always guilty of a kind of circularity. There is no way I can test the accuracy of my moral convictions except by deploying further moral convictions. My reasons for thinking that tax cheating is wrong are good reasons if the arguments I rely on are good ones. That is too crude an account of the difficulty: we hope that the circle of our opinions has a wider radius than that.” (JH: 100).

³¹ Veja JH: 82.

³² “Any theory about what makes a moral conviction true or what are good reasons for accepting it must be itself a moral theory and therefore must include a moral premise or presupposition. Philosophers have long demanded a moral theory that is not a moral theory. But if we want a genuine moral ontology or epistemology, we must construct it from within morality.” (JH: 38). “I intend no kind of relativism. I do not suggest that a moral opinion is true only for those who think it true. I mean to describe method, not metaphysics: how you must proceed if truth is on your agenda.” (JH: 121).

³³ “We might call a theory of moral responsibility by a grander name: we might call it a moral epistemology. (...) What is good and bad thinking is itself a moral question, of course: a moral epistemology is part of substantive moral theory. We use part of our overall theory of value to check our reasoning in other parts. So we must be careful to keep that part of our theory sufficiently distinct from other parts to allow it to function as a check on the rest.” (JH: 12).

de veracidade³⁴. Agir responsabilmente significa, em outras palavras, agir com integridade³⁵. Tudo depende, no fim das contas, de uma atitude responsável, atitude essa que também faz parte de nossa “rede” de convicções morais³⁶.

O que não significa que a cada conceito examinado precisemos percorrer todo o infindável conjunto de convicções que acumulamos durante a vida. Ao investigarmos alguns de nossos conceitos, é preciso assumir como corretos vários outros, inclusive a noção de responsabilidade moral anteriormente mencionada. Além disso, a investigação quase sempre envolve apenas os conceitos mais diretamente relacionados com o conceito examinado. À medida em que a reflexão avança, é possível que se faça necessário empreender uma revisão mais ou menos ampla das convicções antes mantidas como verdadeiras, mas até mesmo nesses casos há sempre uma outra parte do conjunto que se mantém intacta. Segundo Dworkin, nós examinamos e revemos as nossas convicções morais assim como os marinheiros, na famosa imagem de Otto Neurath, consertam um navio em alto mar: uma tábua por vez³⁷.

Ronald Dworkin situa a epistemologia moral acima descrita em um domínio mais amplo do conhecimento que recebe o nome de “interpretação”. A interpretação compreende todas as espécies de valores (morais, históricos, culturais, estéticos etc.) e é uma atividade essencialmente intencional. Interpretar, na

³⁴ “Morally responsible people may not achieve truth, but they seek it. (...) Responsibility seeks coherence and integration.” (JH: 113).

³⁵ “I argue that the nerve of responsibility is integrity and that epistemology of a morally responsible person is interpretive. (...) We are morally responsible to the degree that our various concrete interpretations achieve an overall integrity so that each supports the other in a network of value that we embrace authentically. To the extent that we fail in that interpretive project – and it seems impossible wholly to succeed – we are not acting fully out of conviction, and so we are not fully responsible.” (JH: 101).

³⁶ “So – yet again – everything depends in the end on what you actually and responsibly think. Not because your thinking makes it right, but because, in thinking it right, you think it right.” (JH: 156).

³⁷ LE: 111.

perspectiva dworkiniana, significa atribuir finalidade ou intenção ao objeto interpretado³⁸. Refoge do assunto desta dissertação examinar a fundo a ideia de interpretação em todo o seu vasto campo de aplicação. Limitamo-nos a indicar alguns elementos fundamentais da ideia apenas para relacioná-la melhor à investigação conceitual-normativa que estamos abordando.

Afirmar que o estudo dos conceitos morais é uma atividade interpretativa significa dizer que a investigação de que tratamos é um fenômeno social específico³⁹. A moralidade consiste, segundo Dworkin, em uma prática social que *inclui* a reflexão sobre a sua própria natureza. As atividades interpretativas se destacam por uma espécie de autorreferencialidade, embora não estejam propriamente isoladas umas das outras. Elas se organizam no interior de uma prática muitíssimo mais abrangente, que é o próprio fenômeno da interpretação em geral, cujo objeto inclui todas as espécies de valores. Ora, interpretar um conceito moral significa precisamente elaborar uma teoria sobre a estrutura normativa desse conceito. Dworkin por vezes denomina teorias desse tipo como “concepções” do conceito moral em estudo⁴⁰. Interpretar o conceito de igualdade é, portanto, oferecer uma concepção de igualdade.

³⁸ “We must first notice Gadamer’s crucial point, that interpretation must apply an intention.” (LE: 55). “(...) [T]he concept of intention provides (...) the formal structure for all interpretive claims. I mean that interpretation is by nature the report of a purpose; it proposes a way of seeing what is interpreted – a social practice or tradition as much as a text or painting – as if this were the product of a decision to pursue one set of themes or visions or purposes, one ‘point’, rather than another. This structure is required of an interpretation even when the material to be interpreted is a social practice, even when there is no historical author whose historical mind can be plumbed.” (LE: 58-59).

³⁹ “Interpretation is a social phenomenon. We can interpret as we do only because there are practices or traditions of interpretation we can join (...). These social practices are truth-seeking. In each case, when we offer an interpretation of something, we state and are understood to be stating what we take to be the truth of some matter.” (JH: 130).

⁴⁰ “The contrast between concept and conception is here a contrast between levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied. At the first level agreement collects around discrete ideas that are uncontroversially employed in all interpretations; at the second the controversy latent in this abstraction is identified and taken up.” (LE: 71). “Our moral judgments are interpretations of basic moral concepts, and we test those interpretations by placing them in a larger framework of value to see whether they fit with and are supported by what we take to be the best conceptions of other concepts. We generalize, that is, the interpretive approach I described. Morality as a whole, and not just political morality, is an interpretive enterprise.” (JH: 12). Veja também SV: 125-133.

Em resumo, investigar ou interpretar um conceito moral quer dizer oferecer uma concepção desse conceito que revele a sua estrutura normativa mais profunda, mostrando, em especial, (i) a relação que ele mantém com outros conceitos morais e, por conseguinte, (ii) a posição por ele ocupada no sistema da moralidade como um todo. Por essa razão, cada conceito moral apoia-se em uma teoria abrangente da moralidade. Essa teoria será tanto mais verdadeira quanto maior a coerência, a abrangência e a sinceridade com que tenha sido elaborada.

2.4. Direitos e linguagem

Devemos também esclarecer, logo de início, a razão de não examinarmos, neste trabalho, a relação entre lei e linguagem. A alguns tal omissão poderia soar como um grave defeito, porque, afinal, os direitos não são entidades sensíveis, mas criações humanas que existem apenas como realidades linguísticas.

O terreno aqui é um tanto escorregadio. Ronald Dworkin reconhece, por vezes, que algumas importantes disputas com seus adversários se dão, de fato, no campo da filosofia da linguagem, em torno da origem e da natureza do significado da lei e dos direitos⁴¹. Outras vezes, no entanto, o filósofo norte-americano reconhece que as disputas têm, na verdade, natureza conceitual-normativa no

⁴¹ Em *Justice in Robes*, avaliando os últimos 30 anos de debates com juspositivistas, Dworkin reafirma a tese de que as condições de verdade (isto é, o significado) das proposições jurídicas incluem fatos morais (“*I have argued for many years that in many circumstances moral facts figure among the basic truth conditions of propositions of law.*”). Cita, a propósito, *Objectivity in Law*, obra de Nico Stavropoulos (Stavropoulos, 1996), um ex-aluno, na qual é defendida mais longamente a tese de que a polêmica com os juspositivistas se refere a diferentes posições a respeito da origem e da natureza do significado. (*JR*: 225-226).

sentido anteriormente assinalado⁴².

A qualificação correta das polêmicas é, de fato, um falso problema. As divergências às vezes se dão realmente em torno de teses semânticas e outras vezes são apenas conceitual-normativas. O importante é observar que as discussões desta última espécie são perfeitamente inteligíveis em si mesmas, porque não exigem compreensão prévia sobre as do primeiro tipo. A bem da verdade, os debates em torno de teses semânticas só aparecem na obra de Ronald Dworkin quando certas concepções sobre a origem e a natureza do significado das palavras são invocadas como objeções à possibilidade da investigação conceitual-normativa. Nesses casos, a semântica “interpretativa” é sacada contra os céticos apenas para que o argumento retorne ao seu campo apropriado.⁴³ Logo, ao afirmarmos a possibilidade de situar as discussões entre Ronald Dworkin e seus adversários em um plano estritamente conceitual-normativo, não estamos afirmando a ociosidade das disputas em torno das teses semânticas. O nosso pressuposto é apenas o seguinte: a compreensão das teses e dos argumentos conceitual-normativos a respeito da natureza dos direitos fundamentais requer tão somente

⁴² “If positivism is conceptual because it is linguistic, and if my theory provides even one counter-example, then my theory must be conceptual because linguistic as well. I put the matter hypothetically, because I do not accept that positivism is a theory about linguistic practice. (...) Earlier in this book I described a special kind of intellectual activity, which I called defending a particular conception of a concept. I do not pretend to have yet given an adequate or even clear account of that activity, but I hope that the examples I gave will suggest how the activity is different from empirical generalization, linguistic duty, and linguistic exhortation. We all – at least all lawyers – share a concept of law and of legal right, and we contest different conceptions of that concept. Positivism defends a particular conception, and I have tried to defend a competing conception. We disagree about what legal rights are in much the same way as philosophers who argue about justice disagree about what justice is. I concentrate on the details of a particular legal system with which I am especially familiar, not simply to show that positivism provides a poor account of that system, but to show that positivism provides a poor conception of the concept of a legal right.” (*TRS*: 351-352). Veja também *LE*: 114-150 (em que Dworkin reavalia a sua divergência com os juspositivistas como uma divergência entre duas posições interpretativas – integridade contra convencionalismo) e *JR*: 226 (em que a mesma posição é reiterada 20 anos depois).

⁴³ Se assumíssemos o contrário, teríamos de atribuir a Dworkin aquilo que ele diz tratar-se da “falácia dos arquimedianos”: “(...) [T]he fallacy of the Archimedean, which is to suppose that some sense can be assigned to the supposedly metaphysical claims that is not itself a normative sense, or that there is some way to establish a normative proposition other than through substantive normative arguments”. (*OT*: 127).

prévio conhecimento sobre o sentido das palavras e não sobre a razão pela qual as palavras têm sentido. O melhor teste para aquilo que afirmamos está em submeter ao leitor as teses e os argumentos aqui apresentados, confiando em que serão compreendidos sem necessidade de uma prévia incursão em filosofia da linguagem.

No artigo intitulado “*Dworkin’s Fallacy, or What the Philosophy of Language Can’t Teach Us About the Law*”, Michael Steven Green sustenta posição idêntica à que vimos descrevendo até aqui – de que teses jusfilosóficas não dependem necessariamente de teses semânticas – e afirma que Dworkin defende postura diametralmente oposta. Com efeito, o referido autor atribui a Dworkin a falácia de extrair consequências jurídicas de teses sobre a natureza da linguagem:

The philosophy of language generally has no jurisprudential consequences. The fact that so many philosophers of law have thought otherwise has seriously hampered progress in the field, and not just because time, effort, and paper have been wasted. Theories about the law have been accepted or rejected for the wrong reasons – on the basis of arguments about language that fail to support or undermine these theories at all. The philosophy of language appears to have jurisprudential consequences because of a mistake, which I will call ‘Dworkin’s fallacy’ in honor of the most famous philosopher of law to have succumbed to it⁴⁴.

O próprio Dworkin contesta, no entanto, a acusação, aceitando as premissas de Michael Steven Green, mas negando que tenha cometido a falácia:

Of course that is a fallacy. But it needs a new name because I am not guilty of it and in fact took pains to warn against it. I do believe that the doctrinal concept of law is an interpretive concept, and I also believe that the truth conditions of propositions of law are interpretive in that way. But I do not believe that the second of these beliefs follows from the first. On the contrary, I spent three chapters of my book ‘Law’s Empire’ considering other, very different theories about the truth conditions of propositions of law that I said are also consistent with treating the doctrinal concept as interpretive⁴⁵.

Essa passagem apenas confirma o que dissemos anteriormente. A natureza interpretativa das questões sobre a natureza da lei e dos direitos somente

⁴⁴ Green, 2003: 1897.

⁴⁵ JR: 226.

precisa ser afirmada contra aqueles que se recusam a discutir o tema no campo conceitual-normativo (chamado “doutrinal” no trecho em comento). Uma vez que se esteja naquele campo, as teses semânticas perdem imediatamente a importância.

Alguns poderiam supor que as discussões do início do Capítulo II pesam contra o que dissemos até aqui, porque se dão justamente em torno do significado da expressão “direitos”. Isso não seria exato. A análise empreendida no Capítulo II não leva em conta o problema sobre como apreendemos o significado da palavra “direitos” ou sobre como tal significado é possível, mas cuida apenas do modo como a palavra *deve* ser entendida, quando corretamente aplicada, na visão de algumas das teorias sobre a natureza dos direitos em geral.

2.5. Notas sobre a terminologia empregada

É bastante conhecida a dificuldade em traduzir as expressões “*law*” e “*rights*” para o português. Poderíamos aproveitar uma sugestão de Hans Kelsen ao se defrontar com o mesmo problema na língua alemã e associar a palavra “*rights*” à noção de “direito subjetivo”, e a palavra “*law*” à noção de “direito objetivo”⁴⁶. Essa opção nos levaria, contudo, a abrir mão de certas nuances de significado que serão importantes para nós ao longo da exposição. Preferimos, por isso, partir das três acepções identificadas por Ronald Dworkin para a palavra inglesa “*law*”⁴⁷. Segundo o filósofo norte-americano, a referida palavra pode significar (i) um certo tipo de instituição social; (ii) um certo tipo de regra de conduta; ou (iii) uma proposição jurídica, isto é, uma afirmação sobre o que é lícito ou ilícito fazer ou deixar de fazer

⁴⁶ Kelsen, 1998(1): 140-141, e 1998(2): 111-112.

⁴⁷ *IPL*: 2-6.

em certo sistema jurídico. Este último sentido é o que terá maior relevância neste trabalho e a ele reservaremos a palavra “lei”, no singular. Ao nos referirmos a atos legislativos, utilizaremos a expressão “leis”, no plural, ou “legislação”, salvo quando o contexto puder tornar claro o sentido sem necessidade de maiores especificações. Empregaremos a expressão “sistema jurídico” para aludir à primeira acepção da palavra “*law*” anteriormente apontada, isto é, à lei como instituição social. Assim, “sistema jurídico brasileiro” significará o conjunto das instituições jurídicas brasileiras.

As palavras “direito” e “direitos” (preferencialmente no plural, para evitar confusões) serão utilizadas exclusivamente para designar “direitos subjetivos”, expressão equivalente ao inglês “*rights*”. Quando dissermos, portanto, “direito de propriedade” e “direitos fundamentais”, estaremos aludindo, respectivamente, a “*property right*” e “*fundamental rights*”. Uma importante exceção diz respeito ao uso da palavra “direito” na expressão “fontes do direito”, que preferimos manter intacta por se tratar de fórmula consagrada. O sentido preciso atribuído à referida expressão nesta dissertação será elucidado no Capítulo V.

3. Estrutura geral do trabalho

Esta dissertação divide-se em seis capítulos, o primeiro dos quais é a presente Introdução. O Capítulo II aborda o problema da natureza dos direitos em geral e a posição da teoria dworkiniana no contexto mais amplo das discussões em torno dessa questão.

No Capítulo III, apoiamo-nos em John Stuart Mill para mostrar como os utilitaristas consideram o tema dos direitos fundamentais no contexto do aparente conflito entre utilidade e justiça⁴⁸. Nesse mesmo capítulo são expostas as críticas de Ronald Dworkin à teoria utilitarista dos direitos fundamentais.

No Capítulo IV, expomos a estrutura geral da teoria dworkiniana dos direitos fundamentais e fazemos, ao final, uma breve digressão sobre as discussões a respeito do direito à vida no Supremo Tribunal Federal brasileiro para ilustrar a aplicação da teoria a casos práticos.

O Capítulo V tem por objeto a disputa entre Dworkin e os juspositivistas. Procuramos identificar inicialmente qual o objeto da divergência. Discorreremos, então, sobre a polêmica à luz das noções de fontes do direito, legalidade e autoridade política. O Capítulo final contém um apanhado sucinto dos argumentos expostos nesta dissertação e as nossas conclusões.

⁴⁸ Alguns leitores talvez reparem na ausência de qualquer menção à distinção entre “utilitarismo de regras” e “utilitarismo de atos” nessa parte do trabalho. Isso se deve ao fato de que o utilitarismo de regras sujeita-se às mesmas críticas que Dworkin dirige ao juspositivismo. Deve-se entender, portanto, essa forma de utilitarismo como abrangida pela expressão “juspositivismo”.

II. O PROBLEMA DA NATUREZA DOS DIREITOS

1. Uma resposta decepcionante?

Para Ronald Dworkin, os direitos em geral, e não apenas os direitos fundamentais, são “trunfos” que indivíduos ou grupos detêm contra ações estatais que visem à promoção do bem-estar da sociedade⁴⁹. Essa fórmula não parece muito esclarecedora à primeira vista. Como é possível admitir que uma simples metáfora elucide um conceito? A fórmula tampouco nos ajuda a compreender qual a posição ocupada por Dworkin no quadro mais amplo das discussões filosóficas a respeito da noção de direitos.

Em *Institutions of Law*, o filósofo escocês Neil MacCormick assim expressou sua própria decepção com a fórmula dworkiniana:

*It is a somewhat disappointing feature of Dworkin's work that he leaves rather vague the relationship between his own discourse of rights and the large body of work done over many years by jurists and philosophers who have elucidated the concept of 'right' in its full complexity*⁵⁰.

Parte do nosso objetivo neste Capítulo será mostrar que a decepção não se justifica. Antes de adentrar o tema dos direitos fundamentais, tentaremos situar o filósofo norte-americano no contexto das discussões mais amplas sobre a natureza dos direitos em geral.

⁴⁹ *RT*: *passim*; *TRS*: xi, 364, 365; *MP*: 198, 359; *LE*: 223; *IDPH*: 31; *JH*: 227-229.

⁵⁰ MacCormick, 2007: 133.

2. Abordagem analítica. A hipótese reducionista

Como é evidente, a pergunta sobre a natureza dos direitos não pode ser respondida com uma lista de direitos ou um catálogo de situações nas quais a palavra “direitos” é utilizada. Uma resposta satisfatória à pergunta deve apresentar as propriedades essenciais do conceito ou mostrar que a noção de direitos pode ser decomposta ou analisada em conceitos mais elementares. Uma resposta do primeiro tipo *afirmaria* a natureza dos direitos; já uma resposta do segundo tipo *negaria* a existência de tal natureza ao *reduzir* a noção de direitos a outros conceitos.

Uma conhecida defesa da “hipótese reducionista” é atribuída a Jeremy Bentham: todos os direitos são redutíveis a deveres^{51 52}. Atribuir a um indivíduo “A” o direito de que um indivíduo “B” pratique certa conduta significaria apenas que: (i) “B” tem o dever de praticar a conduta mencionada; e (ii) a prática dessa conduta atende a algum interesse de “A”⁵³.

⁵¹ Veja Bentham, 1988: 224-225 n1. A teoria dos direitos de Bentham é, na realidade, mais complexa, porque inclui duas outras espécies de direitos irredutíveis a deveres: as liberdades (*liberty-rights*) e os poderes (*powers*) (veja Hart, 1982: 166-170). Todavia, para os propósitos da argumentação que se segue, a tese simplificada será suficiente, porque o nosso objetivo é heurístico e não exegético. Ademais, a omissão será em parte suprida adiante, quando tratarmos da análise dos direitos empreendida por W. N. Hohfeld. Para uma explicação geral sobre o método de análise das “ficções jurídicas” em Bentham, veja *Legal Duty and Legal Obligation in* Hart, 1982: 127-161.

⁵² John Austin defende uma tese semelhante: “*Every right supposes a duty incumbent on a party or parties other than the party entitled. Through the imposition of that corresponding duty, the right was conferred. Through the continuance of that corresponding duty, the right continues to exist*”. (Austin, 2000: 158).

⁵³ O “interesse” em questão é o *benefício direto* que o cumprimento do dever produz para alguém. O benefício é “direto” quando tem, em geral, a tendência de produzir algum prazer ou evitar a dor para um indivíduo determinado ou determinável dentro de um conjunto (*assignable individuals*). Uma vez que essa “tendência” é um elemento objetivo, o mero cumprimento da lei da qual advém essa tendência garante que o benefício direto se produzirá *necessariamente*, isto é, independentemente da efetiva produção de prazer ou da efetiva ausência de dor. Os benefícios “indiretos”, por outro lado, são aqueles conferidos a um conjunto indeterminável de pessoas (*unassignable individuals*) para criar as condições sem as quais a distribuição de benefícios diretos torna-se impossível ou ao menos improvável. Exemplos de benefícios indiretos são os resultantes do pagamento de impostos ou da prestação do serviço militar. Veja Hart, 1982: 174-181.

À primeira vista, a menção ao direito de “A” parece não ser substituível pela simples referência ao dever de “B”, porque introduz a informação de que “A” é o beneficiário da conduta imposta a “B”. Mas é importante reparar que essa informação é parte da própria noção de dever e não uma propriedade essencial dos direitos. Com efeito, desde que reconheçamos a distinção traçada por Bentham entre deveres que beneficiam a própria pessoa obrigada e deveres que beneficiam terceiros⁵⁴, os direitos tornam-se diretamente redutíveis a deveres da segunda espécie. E isso é o que torna a noção de deveres mais elementar que a noção de direitos: enquanto todo direito pode ser reduzido a um dever, há deveres para os quais não há um direito correlato⁵⁵.

Essa não é ainda, entretanto, uma explicação completa sobre a importância da noção de “interesse” na tese de Bentham. Antes de examinar essa noção mais de perto, será preciso compreender melhor a relação entre direitos e deveres.

O jurista norte-americano W. N. Hohfeld mostrou que a relação entre direitos e deveres pode ser muito mais complexa do que a tese de Bentham parece sugerir⁵⁶. Segundo Hohfeld, os direitos em sentido estrito são pretensões legítimas (*claims*) a que certas condutas sejam praticadas. Tais condutas podem ter por objeto a produção de um certo estado de coisas (por exemplo, a entrega de um bem ou a

⁵⁴ Bentham chamava essas duas espécies de “*self-regarding*” e “*extra-regarding duties*” (Bentham, 1988: 224-225 n1).

⁵⁵ Além dos já citados *self-regarding duties*, há também o que Bentham chama de “*barren duties*”, isto é, deveres que não servem ao interesse de ninguém, porque desprovidos de utilidade (veja Hart, 1982: 168). As hipóteses examinadas por Bentham não parecem esgotar os casos de deveres sem direitos. O dever moral de caridade é um exemplo de dever que beneficia terceiros sem corresponder a direito algum (veja Edmundson, 2004: 99). Bentham não considerou essa hipótese certamente porque ocupava-se exclusivamente dos *deveres jurídicos*. Para ele, não havia sentido falar em “direitos morais”.

⁵⁶ Hohfeld, 1914 e 1917. Veja Edmundson, 2004: 88.

prestação de um serviço) ou uma abstenção⁵⁷. Atribuir a alguém uma pretensão a certa conduta significa impor a outrem o dever de praticá-la. Alguns exemplos comuns são o direito do mutuante de receber o valor emprestado e o direito do proprietário de que ninguém interfira na fruição legítima de seu patrimônio. É nesse sentido, isto é, como pretensões, que os direitos guardam relação direta com deveres. Mas é possível discernir, na linguagem dos juristas, outros três sentidos em que os direitos não correspondem a deveres, senão indiretamente⁵⁸.

Algumas vezes, um direito pode significar apenas uma “permissão”⁵⁹, isto é, a inexistência de um dever de se abster daquilo que é permitido⁶⁰. Em outros termos, dizer que “A” tem a permissão de praticar determinada conduta em relação a “B” significa apenas que “B” não tem pretensão legítima de que “A” deixe de praticar aquela conduta⁶¹. Um exemplo é a permissão de passagem dada pelo proprietário de um terreno a um andarilho que deseja tomar um atalho. Uma vez dada a permissão, o proprietário não pode mais invocar o seu direito de propriedade para impedir a passagem, porque o andarilho não tem mais o dever de se abster de passar⁶².

As permissões normalmente existem em conjunto com pretensões de

⁵⁷ Hohfeld, 1914: 30-32.

⁵⁸ Hohfeld, 1914: 30-58. Veja também Edmundson, 2004: 87-94.

⁵⁹ Hohfeld utiliza a palavra “*privilege*” (Hohfeld, 1914: 32-33).

⁶⁰ A formulação parece confusa porque contém uma dupla negação. Se expressarmos o dever de um indivíduo “a” de praticar uma conduta “c” como “D(a,c)”, a permissão de praticar “c” será expressa como “ $\neg D(a,\neg c)$ ”: “(...) [*F*]or, always, when it is said that a given privilege is the mere negation of a duty, what is meant, of course, is a duty having a content or tenor precisely opposite to that of the privilege in question.” (Hohfeld, 1914: 32).

⁶¹ Como toda pretensão legítima corresponde a um dever, a ausência de um dever implica a ausência de pretensão (veja Hohfeld, 1914: 33).

⁶² Embora possa fazê-lo sem invocar o direito de propriedade, porque o andarilho tampouco tem a pretensão de que o proprietário se abstenha de impedir-lhe fisicamente a passagem. Em outras palavras, pode-se dizer que o andarilho não tem mais dever de não ingressar no terreno, mas o proprietário tampouco tem a obrigação de deixar o portão destrancado ou de facilitar o acesso ao andarilho, por exemplo. O direito de passar sem interferência exigirá, portanto, além de uma permissão, também a outorga, ao andarilho, de uma pretensão de que o proprietário se abstenha de impedir-lhe a passagem.

não interferência. O proprietário tem a permissão de fruir de seu patrimônio e tem também a pretensão de que ninguém interfira nessa fruição. É importante notar, contudo, que a existência de uma permissão não implica a existência da pretensão. Invocando novamente o exemplo do direito de propriedade, o proprietário pode autorizar alguém a usar um de seus bens sem renunciar ao direito de continuar, ele próprio, utilizando esse mesmo bem quando lhe aprouver⁶³. É também possível que uma pretensão exista sem uma permissão correlata. O exemplo clássico é o das chamadas “obrigações naturais”^{64 65}.

Outras vezes, ainda, um direito pode ser invocado não como pretensão ou permissão, mas como “poder” de criar, alterar ou extinguir pretensões ou permissões⁶⁶. Nesse caso, o correlativo do direito não é um dever, mas uma sujeição, que é a condição de poder vir a ser submetido a um dever ainda inexistente. Um exemplo é o direito atribuído a todo indivíduo civilmente capaz de obrigar-se por meio de promessas ou de contratos. Os deveres oriundos das promessas ou dos contratos ainda não firmados somente virão a existir no futuro, mas o poder de criar tais deveres (isto é, de firmar contratos e promessas) existe no presente.

⁶³ “(...) A, B, C, and D, being the owners of the salad, might say to X: ‘Eat the salad if you can; you have our license to do so, but we don’t agree not to interfere with you.’ In such a case the privileges exist, so that if X succeeds in eating the salad, he has violated no rights of any of the parties. But it is equally clear that if A had succeeded in holding so fast to the dish that X couldn’t eat the contents, no right of X would have been violated.” (Hohfeld, 1914: 35; veja também Edmundson, 2004: 94-98). Os direitos no estado de natureza hobbesiano são outro exemplo de permissões sem pretensões (Edmundson, 2004: 116; Thomson, 1990: 49-50).

⁶⁴ Veja Edmundson, 2004: 94. No Brasil, tais obrigações encontram expressa previsão legal no art. 882 do Código Civil.

⁶⁵ Para citar um exemplo do uso dessas distinções na história do pensamento político, John Locke sustenta que, no estado de natureza, os direitos são pretensões acompanhadas da permissão de exercer diretamente a coerção em caso de violação (Locke, 1824: §§ 4-7) e que a passagem do estado de natureza para o estado civil se dá pela renúncia àquela permissão em favor da autoridade política (*idem*: § 87).

⁶⁶ Tecnicamente, também é possível conceber um poder de alterar um poder (Edmundson, 2004: 90). Exemplos: o poder de alterar unilateralmente certas cláusulas contratuais ou o poder conferido ao Congresso Nacional de emendar a Constituição. Para os propósitos da argumentação aqui desenvolvida, essas questões não precisam ser aprofundadas.

Por fim, ter um direito pode significar simplesmente ter uma imunidade. Ser imune é não estar sujeito ao poder de alguém. São exemplos de imunidades as restrições constitucionais ao exercício da competência tributária. O contribuinte é imune (isto é, tem o direito de não ser tributado) porque ao Estado falta o poder de impor-lhe o dever de pagar o tributo. É por meio das imunidades que se explicam também a indisponibilidade ou inalienabilidade atribuídas a certos direitos. Aos detentores de direitos indisponíveis ou inalienáveis falta o poder de extingui-los ou de alterá-los.

O exame mais atento dessas quatro categorias de significado (pretensões, permissões, poderes e imunidades) e dos seus termos correlatos permite constatar que há entre elas relações de ordem e de oposição. As pretensões e as permissões podem ser descritas como direitos de primeira ordem, na medida em que expressam a existência ou a inexistência de deveres. Já os poderes e as imunidades podem ser considerados como direitos de segunda ordem, porque expressam apenas a possibilidade ou impossibilidade de criar, alterar ou extinguir deveres.

Essas relações são mais facilmente compreendidas com o auxílio da seguinte tabela, inspirada nas tábuas de correlação e de oposição criadas por Hohfeld. Nela, as linhas verticais representam as correlações; e as linhas diagonais, as oposições.

No original, * *no-right*, ** *liability*, *** *disability*.

Uma característica importante dessa análise é que um direito pode não corresponder a apenas uma das quatro categorias acima descritas. Um único direito pode ser um complexo de pretensões, permissões, poderes e imunidades⁶⁷.

O direito à livre manifestação do pensamento, por exemplo, tal como existe atualmente no Brasil⁶⁸, pode ser analisado como um composto formado por (i) uma pretensão de que ninguém interfira com a livre manifestação do pensamento (isto é, aos outros indivíduos é atribuído o dever de não interferência); (ii) uma permissão de manifestar o pensamento livremente (isto é, o titular do direito não se encontra obrigado a deixar de falar ou de escrever o que pretende dizer); e (iii) uma dupla imunidade que confere ao direito em questão os atributos de indisponibilidade (isto é, o titular do direito não tem o poder de extinguir a pretensão e a permissão mencionadas nos itens anteriores) e inviolabilidade (isto é, falta ao governo o poder de extinguir a pretensão e a permissão mencionadas nos itens anteriores).

Outro exemplo de direito complexo é o direito de propriedade. O proprietário de um bem normalmente tem (i) uma pretensão de que ninguém interfira na fruição desse bem; (ii) uma permissão de usar e gozar do bem; (iii) o poder de dispor da pretensão e da permissão acima referidas mediante, por exemplo, a locação do bem ou a transferência da propriedade a um terceiro; e (iv) uma imunidade contra atos legislativos que resultem na perda da pretensão, da permissão ou do poder acima referidos, salvo sob certas condições.

O que se nota, portanto, é que os direitos somente guardam correspondência direta com deveres quando expressam pretensões. Mas os direitos

⁶⁷ Veja Waldron, 1984: 10; Wellman, 1999: 8-9.

⁶⁸ Doravante, sempre que nos referirmos a direitos sem dizer expressamente o sistema jurídico específico a que nos referimos, deve-se subentender que tratamos do sistema jurídico brasileiro.

que realmente interessam, isto é, aqueles que efetivamente encontramos nos sistemas jurídicos reais, tal como os exemplos que demos, acima, do direito à livre manifestação do pensamento e do direito de propriedade no sistema jurídico brasileiro, são complexos formados não apenas por pretensões, mas também por permissões, poderes e imunidades.

3. Abordagem substantiva. Teorias do interesse e da vontade

A tese de Bentham parece, portanto, sucumbir a um exame mais detido da noção de direitos, porque eles não se mostram facilmente redutíveis a deveres. Há, entretanto, um outro modo de insistir na validade da tese sem descartar as nuances de sentido já examinadas. Poderíamos atribuir à pretensão a condição de elemento nuclear de todos os direitos complexos e considerar as permissões, os poderes e as imunidades apenas como elementos complementares, cuja presença ou ausência não alterariam substancialmente os referidos direitos.

A ideia é bastante plausível, porque é comum aludirmos aos direitos efetivamente existentes nos sistemas jurídicos reais (isto é, os direitos fundamentais, os direitos humanos, os direitos legislados, os direitos oriundos dos contratos, etc.) como aqueles que podem ser *legitimamente reivindicados*. Ora, a possibilidade de *reivindicação* pressupõe a existência de uma pretensão. Seria preciso explicar, no entanto, o que confere à pretensão a sua preeminência e faz com que todos os elementos complementares se unifiquem em torno dela. Dizer apenas que os direitos efetivamente existentes são aqueles legitimamente reivindicáveis é uma

petição de princípio, porque sempre se pode perguntar por que não é possível também falar em direitos não reivindicáveis. Viria logo à mente o exemplo das obrigações naturais.

Pois bem. É essa dificuldade que torna importante a noção de “interesse” na tese de Bentham: ser o titular de um direito é ser o *beneficiário* de um dever atribuído a outrem. O titular do direito é aquele a quem assiste, em primeiro lugar, o *interesse* de que o dever seja cumprido. Eis por que o núcleo central dos direitos seria sempre uma pretensão: todo direito *nasceria* de um dever e a unidade do interesse vincularia à pretensão correlata todos os elementos complementares do direito complexo⁶⁹. Dito de outro modo: embora as permissões, os poderes e as imunidades possam existir autonomamente, eles perderiam essa autonomia e tornar-se-iam *partes* de um direito complexo quando *existissem apenas para servir* ao interesse protegido pela pretensão nuclear. Assim, no direito de propriedade, o que unificaria os elementos complementares (a permissão de usar e gozar, o poder de dispor e a imunidade contra o confisco) em torno da pretensão nuclear de não interferência seria o *interesse* do proprietário de usar, gozar e dispor livremente de seu patrimônio⁷⁰.

O problema com essa forma de explicar a unidade dos direitos complexos é que em alguns casos o titular do direito pode não coincidir com o titular do interesse protegido. Isso é o que se dá de forma mais evidente nas estipulações em favor de terceiros⁷¹. Ademais, o exercício de um direito pode contrariar o

⁶⁹ No mesmo sentido: Waldron, 1984: 10-11.

⁷⁰ Nos termos do art. 1.228 do Código Civil brasileiro, “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁷¹ Hart, 1982: 187-188. No Brasil, não é possível dizer que o terceiro beneficiado seja completamente desprovido de pretensão. Todavia, o exercício da pretensão pode ser submetido a condições pelo

interesse de seu titular. Considere-se, por exemplo, o direito de dispor do próprio corpo em vida. A pessoa que doa um rim prejudica seu próprio interesse, mas exerce um direito legítimo⁷².

Um modo de contornar essas dificuldades para manter a unidade dos direitos complexos seria recorrer à chamada “teoria da escolha” ou “teoria da vontade”⁷³. Segundo essa teoria, os direitos consistiriam no *poder* de reivindicar o cumprimento de um dever e o titular do direito seria o detentor desse poder, aquele a quem cabe a faculdade de exigir ou dispensar o cumprimento do dever segundo a sua vontade. O titular do direito deteria, assim, certo *controle* sobre a conduta devida, uma espécie de “soberania em miniatura”, para usar a imagem de H. L. A. Hart⁷⁴, que lhe conferiria uma esfera de *autonomia de vontade*. Essa autonomia é o que vincularia entre si todos os elementos do direito complexo.

Adotar a teoria da escolha implicaria, no entanto, abandonar de uma vez por todas a tese de Bentham. O núcleo dos direitos complexos já não poderia mais reduzir-se a uma pretensão⁷⁵. Seria preciso que existisse ao menos uma permissão para exigir o cumprimento do dever ou um poder para dispensá-lo⁷⁶. Em

estipulante e o terceiro beneficiado pode ser substituído a qualquer tempo (veja arts. 436-438 do Código Civil brasileiro).

⁷² Veja art. 9º da Lei n.º 9.434/97, que dispõe sobre a “remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”, e art. 13, parágrafo único, do Código Civil.

⁷³ Sobre o debate entre os defensores da teoria do interesse e da teoria da vontade: Ráo, 2005: 561-573; Hart, 1982: 183-188; MacCormick, 1977: 192-195; Edmundson, 2004: 119-132; Waldron, 1984: 9-11. As duas correntes, em rigor, não surgiram como respostas ao problema da unidade dos direitos complexos, mas como explicações sobre a natureza e a função dos direitos. Há, no entanto, uma conexão entre a função dos direitos e o problema da unidade dos direitos complexos. Se os elementos que constituem os direitos complexos são logicamente independentes uns dos outros, sua unidade não pode residir em alguma propriedade desses elementos. A unidade deve estar, por isso, no papel ou função que esses elementos desempenham no conjunto. Veja, no mesmo sentido, Waldron, 1984: 10-11.

⁷⁴ Hart, 1982: 183.

⁷⁵ Para H.L.A. Hart, uma das vantagens da teoria da escolha estaria justamente em superar o reducionismo aparentemente atrelado à teoria do interesse (veja Hart, 1982: 181-182).

⁷⁶ Hart, 1982: 183-184; MacCormick, 2008: 114-115.

outras palavras, o próprio núcleo dos direitos se tornaria complexo⁷⁷.

A teoria da escolha tem, no entanto, suas próprias dificuldades. Ao identificar o titular do direito com aquele que exerce controle sobre uma esfera de conduta, a teoria parece deixar sem explicação a existência de direitos indisponíveis, assim como a atribuição de direitos a nascituros e incapazes⁷⁸. Além disso, a teoria não se mostra capaz de explicar a existência de direitos de exercício obrigatório, como o direito de voto no sistema político brasileiro⁷⁹.

Situações como essas tornam necessário apelar novamente para a noção de interesse, dessa vez suficientemente ampliada para incorporar o que chamaríamos de “bens” ou “valores”⁸⁰. Nesse caso, a teoria do interesse torna-se

⁷⁷ A condição do nu-proprietário poderia, à primeira vista, ser invocada como um contraexemplo, porque o direito do nu-proprietário parece composto apenas do poder de disposição sobre a coisa. A questão, no entanto, não é de fácil solução, porque o direito do nu-proprietário inclui também as pretensões correspondentes aos deveres legais do usufrutuário (veja arts. 1400 e seguintes do Código Civil). De qualquer forma, se fosse mesmo simples, esse direito existiria como um poder e não como uma pretensão.

⁷⁸ Edmundson, 2004: 124. Em uma nota, H.L.A. Hart sugere a seguinte solução para a dificuldade: “Where infants or other persons not ‘sui juris’ have rights, such powers and the correlative obligations are exercised on their behalf by appointed representatives and their exercise may be subject to approval by court. But since (a) what such representatives can and cannot do by way of exercise of such power is determined by what those whom they represent could have done if sui juris and (b) when the latter become ‘sui juris’ they can exercise these powers without any transfer or fresh assignment; the powers are regarded as belonging throughout to them and not to their representatives, though they are only exercisable by the latter during the period of disability”. (Hart, 1982: 184 n86). Todavia, em vez de confirmar a dissociação entre direitos e interesses, o argumento parece reforçar a conexão existente entre ambos. Com efeito, se os incapazes retêm os seus direitos mesmo sem exercer o poder a eles inerente, que outro critério haveria para dizer que o referido poder pertence na verdade aos incapazes e não a seus representantes senão justamente o fato de que o poder é exercido, em qualquer caso, no interesse dos incapazes?

⁷⁹ Veja art. 14, § 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ Para usar o vocabulário de Dworkin, falaríamos em interesses no sentido crítico (*critical interests*) em vez de interesses no sentido volitivo (*volitional interests*): “There are two senses in which people have interests, two ways in which their lives can go better or worse. Someone’s volitional well-being is improved whenever he has or achieves something he wants. But his critical well-being is improved only by his having or achieving those things that he should want, that is, achievements or experiences that it would make his life a worse one not to want. We can make this distinction subjectively, as a distinction between two ways in which a person might understand or regard his own interests. (...) We make the same distinction objectively, that is, as a distinction not between two ways in which people might regard these interests, but between two classes of interests people actually have. People can fail to recognize their own critical interests. It makes sense to say that someone who has no regard for friendship or religion or challenging work, for example, leads a poorer life for that reason, whether he agrees or not. We also make critical judgments about ourselves; people all too often come to think,

compatível até mesmo com os direitos de dispor do próprio corpo e os direitos que beneficiam terceiros, porque a própria esfera de autonomia da vontade, que era a noção central da teoria da escolha, passa a ser explicável em termos de um interesse em preservar certos âmbitos da vida individual contra a ingerência alheia.

A teoria assim reformulada já não admite a redução pura e simples dos direitos a deveres. A enorme variedade dos interesses nessa nova acepção ampliada tornaria impossível identificar os direitos com uma única estrutura “hohfeldiana”. Por essa razão, alguns dos atuais defensores da teoria do interesse a desvinculam expressa ou implicitamente da hipótese reducionista.

Esse é o caso, por exemplo, de Joseph Raz e Neil MacCormick. Para o primeiro, dizer que alguém é detentor de um direito significa afirmar que algum aspecto de seu bem-estar (um interesse em sentido amplo) é razão suficiente para atribuir a outrem um dever⁸¹. Os direitos, em outras palavras, têm precedência sobre os deveres.

Neil MacCormick, por sua vez, apesar de não contrapor à tese de Bentham uma definição própria dos direitos, demonstra, por meio de alguns exemplos legislativos, a existência de instituições jurídicas que seriam incompreensíveis se fosse possível reduzir todos os direitos a deveres⁸². Um dos exemplos de que o autor se utiliza é extraído da legislação escocesa de sucessões. Tais leis atribuem aos filhos o direito de herdar a totalidade dos bens dos pais se eles falecerem sem deixar testamento. Esse direito surge no momento da morte do pai ou da mãe e confere a cada filho uma fração igual do espólio a ser recebida no

toward the end, that they have ignored what they only then realize is really important to their lives”. (SV: 216). Veja também SV: 242-245.

⁸¹ Raz, 1984: 183.

⁸² MacCormick, 1977: 199-209, e 2007: 120-133.

momento oportuno no curso do inventário. O dever correspondente a esse direito é atribuído ao inventariante, porque a ele cabe entregar a cada herdeiro a sua parcela do espólio. Ocorre que, no momento da abertura da sucessão, ainda não há inventariante nomeado e não existe, portanto, o referido dever. Nesse caso, a existência do dever é precedida, ao menos temporariamente, pela existência do direito. Além disso, uma vez que os herdeiros, segundo a legislação escocesa, têm preferência para ocupar a função de inventariante, a existência do direito à herança não apenas precede o dever correlato do inventariante de dividir os bens do espólio, como também pode servir de fundamento para determinar quem terá o dever mencionado⁸³.

Essas teorias não seguem mais, portanto, o método puramente analítico da tese de Bentham. Trata-se, na realidade, de uma outra abordagem. Os direitos não são *quaisquer* interesses associados a deveres, mas apenas aqueles que possam servir de *razão* ou de *justificativa* adequada para a imposição de certos deveres a alguém. Uma teoria dos direitos deve ser substantiva, porque tem de dizer *quais* são esses interesses⁸⁴.

A teoria dos direitos de Ronald Dworkin é substantiva nesse sentido preciso⁸⁵. Os direitos, para o filósofo norte-americano, são interesses que podem ser legitimamente invocados como “trunfos”, isto é, como *razões* ou *justificativas suficientes* para que a autoridade política se comporte do modo exigido pelo referido

⁸³ MacCormick, 1977: 200-201.

⁸⁴ O problema da *natureza* dos direitos fundamentais não se confunde, entretanto, com o problema do “conteúdo essencial” de que tratam os constitucionalistas, porque neste último caso o objeto de preocupação é o *conteúdo mínimo* de cada espécie de direito fundamental (veja Silva, 2006). O problema do conteúdo essencial tem relação mais próxima com aquilo que chamaremos de “especificação” dos direitos fundamentais.

⁸⁵ Veja *JH*: 329-331.

direito⁸⁶, independentemente da existência de outras razões ou justificativas normalmente admitidas como legítimas para agir de forma diversa⁸⁷. Para Dworkin, dizer que alguém detém direito de propriedade em certo contexto (um caso concreto em um certo sistema jurídico) significa atribuir ao proprietário o poder de obstar, por exemplo, uma ação estatal confiscatória, mediante a simples alegação de seu direito de propriedade, sem necessidade de aduzir razões de outra ordem.

Para usar uma terminologia estranha à teoria dworkiniana, mas muito útil para a compreensão do assunto, os direitos podem ser vistos como “razões de segunda ordem”⁸⁸, na medida em que afastam ou excluem todas as demais razões que poderiam ser invocadas contra ou a favor da preservação dos interesses que eles expressam. Essas razões de tipo especial recebem, na teoria dworkiniana, o nome de “princípios”⁸⁹.

Os direitos são, portanto, *razões de um tipo específico*. A teoria dworkiniana tem por objetivo explicar *o que* distingue essas razões dos outros tipos de justificativa política e *qual* a função dessas razões no discurso prático. No Capítulo IV veremos o que significa exatamente essa ideia e como ela se aplica à

⁸⁶ “If someone has a right to a political decision of any sort, that is in itself a powerful, and normally a decisive reason, in favour of a judicial decision awarding him damages. The connection between someone having a right to a decision and there being a reason in favour of that decision is not contingent but conceptual.” (TRS: 335). Dworkin não toma partido, explicitamente, nas discussões entre defensores de teorias do interesse e defensores de teorias da vontade. Parece-nos evidente, contudo, que ele se situa entre os primeiros. Além da razão de método já apontada – uma teoria dos direitos, para Dworkin, é uma teoria substantiva – há duas outras razões importantes para sustentar essa conclusão. Em primeiro lugar, conforme veremos depois, o filósofo norte-americano sustenta que todos os direitos, mesmo aqueles que têm por conteúdo a autonomia individual, são derivados não de um direito fundamental à liberdade, mas de um direito de igual consideração e respeito. Em segundo lugar, em sua importante obra sobre questões de aborto e eutanásia, *Life’s Dominion*, o filósofo parece sugerir a ideia de que o feto com menos de três meses de gestação, ainda sem um sistema nervoso plenamente desenvolvido, não pode ser sujeito de direitos por lhe faltar a capacidade de ter interesses (veja LD: 23-25). Veja também, nesse mesmo sentido, SV: 428 e 431.

⁸⁷ “No one has a political right (on my account) unless the reasons for giving him what he asks are stronger than some collective justification that normally provides a full political justification for a decision.” (TRS: 365).

⁸⁸ O conceito de “razões de segunda ordem” é elaborado por Joseph Raz (veja Raz: 1999: 39).

⁸⁹ “(...) [P]rinciples are propositions that describe rights (...)” (TRS: 90).

noção de direitos fundamentais.

4. Princípios e políticas públicas

Os direitos fundamentais têm conteúdo e alcance variados. Há entre eles direitos de não interferência, as chamadas “liberdades clássicas”, e também direitos que exigem algum tipo de intervenção estatal, como os chamados “direitos sociais”. Existiria algo comum a todos os direitos fundamentais que permitisse a elaboração de uma teoria unificada sobre a natureza desses direitos ou haveria entre eles meras semelhanças de família, para usar a famosa imagem de Wittgenstein⁹⁰? Para Dworkin, a resposta é afirmativa: a peculiaridade comum a todos os direitos fundamentais é a função específica que desempenham na argumentação jurídica⁹¹. Precisamos mostrar, portanto, qual é essa função e como o filósofo norte-americano a identifica diante da diversidade de conteúdos que os direitos fundamentais podem assumir.

Como vimos na Introdução, os direitos fundamentais, tal como compreendidos na tradição liberal, têm duas características distintas: (i) são legalmente postuláveis, independentemente de previsão explícita na legislação; e (ii) servem de crivo para a avaliação da constitucionalidade das leis. Por facilidade de exposição, chamaremos essas características, respectivamente, de “extralegalidade” e “*status* constitucional”.

⁹⁰ Wittgenstein, 2009: § 67.

⁹¹ “*I argue that claims of political right must be understood functionally (...).*” (**TRS**: 364).

A função específica dos direitos fundamentais não pode ser descoberta pelo exame da extralegalidade. Com efeito, para atribuir essa característica aos direitos fundamentais é antes preciso ser capaz de confrontar esses direitos com a legislação. Ora, para que seja possível realizar esse confronto, é necessário identificar primeiro quais os direitos fundamentais em vigor e isso pressupõe que já saibamos a função peculiar a esses direitos. A investigação deve partir, portanto, do *status* constitucional. Em que sentido os direitos fundamentais servem de crivo para a avaliação da constitucionalidade das leis?

Uma breve digressão sobre o significado dessa questão nos ajudará a compreender melhor a natureza das dificuldades a serem enfrentadas. Os direitos em geral, segundo Dworkin, limitam a ação estatal de um certo modo; são “trunfos” que os indivíduos podem invocar contra o Estado. Não é possível, portanto, o *status* constitucional significar simplesmente que os direitos fundamentais limitam a ação estatal, porque essa é uma característica compartilhada por todos os direitos. De fato, se entendemos a expressão “limitar” não apenas na acepção negativa, ou seja, no sentido de exigir uma abstenção, mas incluímos no conceito a ideia de limite “positivo”, isto é, a ideia de obrigar a agir de certo modo⁹², devemos reconhecer também que todos os demais direitos, inclusive os previstos na legislação ordinária e nos contratos limitam a ação estatal⁹³. Se, por exemplo, um indivíduo adquire um direito de crédito por força de contrato, os órgãos estatais, desde que atendidas as condições legais de exigibilidade do crédito, têm a obrigação de reconhecer a existência do direito e de executá-lo contra o devedor. O mais banal direito de

⁹² Esse sentido ampliado está em maior consonância com a variedade de conteúdo dos direitos fundamentais, que, conforme vimos, abrange as liberdades clássica e os direitos sociais.

⁹³ “Political rights must of course be distinguished from legal rights, though the distinction is less easy to draw than many legal theorists suppose because both are species of moral rights and both, though in different ways, are rights against the government.” (JH: 228).

crédito também limita, nesse sentido, a ação política.

Os direitos fundamentais parecem, no entanto, limitar a ação política de um modo peculiar: eles constituem razões para impor certas condutas aos agentes do Estado mesmo *contra* as leis. Parece ser esse, aliás, o sentido específico do *status* constitucional. Há aqui, entretanto, uma outra dificuldade. As regras constitucionais de competência também limitam a ação política e, além disso, podem ser invocadas contra as leis e são por vezes chamadas de “direitos”. Um exemplo: se a instituição de certo tributo é de competência de um ente federativo e outro ente federativo legisla a respeito desse tributo a pretexto de limitar a autonomia do primeiro, este pode invocar o seu “direito de tributar” para invalidar a lei limitadora.

Todavia, ao contrário das competências constitucionais, que são atribuídas a órgãos públicos, os direitos fundamentais são conferidos exclusivamente a indivíduos ou grupos de indivíduos em sua capacidade *privada*. Em outras palavras, equivalem ao que os juristas chamam algumas vezes de “direitos públicos subjetivos dos cidadãos”⁹⁴. Mas seriam *todos* os direitos públicos subjetivos dos cidadãos direitos fundamentais?

O problema talvez não apareça claramente em outros sistemas constitucionais, mas a Constituição Federal brasileira é especialmente rica em exemplos duvidosos. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 22 assegura “aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o *direito* de opção pela carreira”; o art. 31 determina a estatização das serventias do foro judicial, respeitados “os *direitos* dos

⁹⁴ Ráo, 2005: 644. Dworkin utiliza as expressões “individual rights” ou “individual human rights”.

atuais titulares”; o art. 41, § 1º, revoga os benefícios fiscais não confirmados por lei nos dois anos seguintes à promulgação da carta constitucional, ressalvando, no § 2º, “os *direitos* que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo”; o art. 49 determina a extinção do instituto do aforamento, ressalvando, no § 2º, os “*direitos* dos atuais ocupantes inscritos”, mediante “aplicação de outra modalidade de contrato”.

Ademais, diante das chamadas “cláusulas pétreas”, que impedem a deliberação sobre qualquer proposta de emenda “tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (veja art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988), a distinção entre os direitos fundamentais e os demais direitos previstos no texto constitucional tem, no Brasil, reflexos diretos sobre a extensão do poder do Congresso Nacional. A questão teve de ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC n.º 939, em que se decidiu pela inconstitucionalidade do antigo Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF. O que se discutiu ali foi precisamente se a regra da anterioridade tributária (os tributos em geral só podem ser cobrados a partir do exercício seguinte ao de sua criação ou majoração e as contribuições sociais depois de 90 dias da publicação da lei que as houver instituído ou modificado) deveria ou não ser considerada um direito fundamental⁹⁵.

Após essa breve digressão, podemos reformular a questão inicial do seguinte modo: em que sentido os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos dos cidadãos? Reconstruída a indagação nesses termos, podemos compreender melhor a solução proposta por Dworkin. Pelo fato de se referirem a interesses individuais ou de grupos (isto é, de cidadãos em sua capacidade privada), os direitos fundamentais se contrapõem aos interesses mais amplos da comunidade

⁹⁵ Veja Mendes *et al.*, 2008: 238.

como um todo. A contraposição entre interesses individuais e interesses gerais da comunidade como justificativa para a ação estatal é captada na teoria dworkiniana pela distinção entre razões de princípio (*principle*) e razões de política pública (*policy*)⁹⁶. A diferença entre esses dois tipos de razões está em que eles são utilizados para justificar objetivos políticos distintos: os princípios justificam a satisfação de interesses individuais; as razões de política, por sua vez, justificam a promoção de interesses gerais da comunidade⁹⁷. Dito de outro modo: princípios são *proposições* que descrevem direitos; razões de política pública são *proposições* que descrevem objetivos coletivos⁹⁸.

Assim, por exemplo, a liberdade de culto é considerada um direito fundamental em alguns países porque a existência desse direito é *razão suficiente* para assegurar a um indivíduo a prática de sua religião, *ainda que* isso possa ter por consequência a infelicidade ou a repulsa da maioria dos seus concidadãos. Do mesmo modo, a livre manifestação do pensamento é considerada um direito fundamental naqueles países em que tais direitos são entendidos como *justificativa suficiente* para assegurar a um jornalista, por exemplo, a faculdade de divulgar um escândalo político ou emitir uma opinião sobre o estado da economia, *ainda que* isso

⁹⁶ A distinção entre razões de política pública e razões de princípio é similar à distinção traçada por Thomas Nagel entre razões “objetivas” ou “neutras em relação ao agente” e razões “subjetivas” ou “relativas ao agente”: “É extremamente importante a distinção entre razões que são relativas ao agente e razões que não o são. Quando se pode dar a uma razão uma forma geral que não inclua uma referência essencial à pessoa que a tem, trata-se de uma razão *neutra em relação ao agente*. Por exemplo, se uma razão para alguém fazer ou querer alguma coisa é que isso reduzirá a infelicidade no mundo, trata-se então de uma razão neutra. Se, por outro lado, a forma geral da razão inclui uma referência essencial à pessoa que a tem, é uma razão *relativa ao agente*. Por exemplo, se alguém tem uma razão para fazer ou querer algo do seu interesse, trata-se de uma razão relativa”. (Nagel, 2004: 253-254). Veja também Parfit, 1984: 143; Vita, 2007: 1.

⁹⁷ “Our political practice recognizes two different kinds of argument seeking to justify a political decision. Arguments of policy try to show that the community would be better off, on the whole, if a particular program were pursued. They are, in that special sense, goal-based arguments. Arguments of principle claim, on the contrary, that particular programs must be carried out or abandoned because of their impact on particular people, even if the community as a whole is in some way worse off in consequence. Arguments of principle are right-based.” (MP: 2-3). Veja também Dworkin, 1977(2): 263-268; TRS: 22-23, 83, 90-92, 274, 294-330; MP: 11, 94, 375; LE: 223; SV: 66, 179, 204-205, 389.

⁹⁸ “(...) [P]rinciples are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals.” (TRS: 90).

produza instabilidade nos mercados e venha a prejudicar os interesses econômicos gerais da comunidade.

Os direitos fundamentais são, portanto, *razões de princípio*. Essa definição mais precisa ainda não basta para distinguir os direitos fundamentais dos demais direitos públicos subjetivos dos cidadãos. O que ainda nos escapa é o modo como poderíamos distinguir os direitos fundamentais de outros direitos com *status* constitucional. A compreensão do modo como o problema se resolve na teoria dworkiniana exige que examinemos primeiro as críticas do filósofo norte-americano ao utilitarismo. No capítulo seguinte, veremos como John Stuart Mill elabora sua teoria utilitarista dos direitos fundamentais à luz do conflito entre justiça e utilidade. Abordaremos, ao final, as críticas dirigidas por Dworkin ao conceito utilitarista de direitos morais.

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS E UTILIDADE

1. O princípio de utilidade

Em *The Principles of Morals and Legislation*, Jeremy Bentham define o “princípio de utilidade” como o critério de avaliação das ações humanas segundo a tendência dessas ações de aumentar ou diminuir a felicidade daqueles cujos interesses estejam em jogo⁹⁹. Um objeto é, nesse sentido, útil para um indivíduo quando tende a promover sua felicidade, aqui compreendida, no sentido psicológico, como obtenção de prazer e diminuição da dor¹⁰⁰.

O princípio de utilidade pode ser aplicado à conduta humana em diferentes graus de abrangência, conforme o agente e os destinatários da ação; pode referir-se tanto a ações individuais quanto a ações governamentais e pode ter por objeto a felicidade de um só indivíduo ou de uma comunidade inteira¹⁰¹. No famoso ensaio *Utilitarianism*, John Stuart Mill examina o princípio de utilidade em sua máxima abrangência: a utilidade é ali considerada como *fim último* da ação humana e o utilitarismo apresentado como teoria do *summum bonum*¹⁰².

⁹⁹ “By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question; or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness.” (Bentham, 1988: 2).

¹⁰⁰ “By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered (...).” (Ibidem).

¹⁰¹ “I say [the principle of utility approves or disapproves] of every action whatsoever; and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government. (...) [I]f that party [whose interest is in question when applying the principle of utility] be the community in general, then the happiness [to be considered is that] of the community; if a particular individual, then the happiness of that individual.” (Ibidem).

¹⁰² “From the dawn of philosophy, the question concerning the *summum bonum*, or, what is the same thing, concerning the foundation of morality, has been accounted the main problem in speculative thought (...).” (Mill, 1998: 49). “According to the [Principle of Utility] (...) the ultimate end, with reference to and for the sake of which all other things are desirable (whether we are considering our own good

Nessa perspectiva abrangente, o utilitarismo é a doutrina segundo a qual o fundamento último da moralidade consiste na felicidade de todos os seres capazes de sentir dor e prazer; a moralidade é o conjunto de regras e preceitos que guiam a conduta humana em direção à felicidade geral¹⁰³.

Assim como em Bentham, o objeto da utilidade é aqui compreendido em sentido psicológico: felicidade é prazer e ausência de dor; infelicidade é dor e privação do prazer¹⁰⁴. Diferentemente de Bentham, no entanto, para quem o valor do prazer é função apenas de suas propriedades quantitativas (intensidade, duração, certeza, proximidade e extensão)¹⁰⁵, Mill admite que o grau de felicidade varie também de acordo com a qualidade do prazer experimentado. Para ele, há, entre os animais, diferenças de inteligência e de percepção, e quanto maior o refinamento dessas faculdades tanto mais sensível o animal se torna às impressões de dor. Esse mesmo refinamento produz também, contudo, um senso de dignidade própria que se incorpora à felicidade do animal e faz com que a degradação em modos inferiores

or that of other people), is an existence exempt as far as possible from pain, and as rich as possible in enjoyments." (Idem: 59).

¹⁰³ "This, being, according to the utilitarian opinion, the end of human action, is necessarily also the standard of morality; which may accordingly be defined, the rules and precepts for human conduct, by the observance of which an existence such as has been described might be, to the greatest extent possible, secured to all mankind; and not to them only, but, so far as the nature of things admits, to the whole sentient creation." (Idem: 59).

¹⁰⁴ "The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure." (Idem: 55).

¹⁰⁵ "To a person considered by himself, the value of a pleasure or pain considered by itself, will be greater or less, according to the four following circumstances: 1. Its intensity. 2. Its duration. 3. Its certainty or uncertainty. 4. Its propinquity or remoteness. (...) But when the value of any pleasure or pain is considered for the purpose of estimating the tendency of any act by which it is produced, there are two other circumstances to be taking into the account; these are, 5. Its fecundity, or the chance it has of being followed by sensations of the same kind: that is, pleasures, if it be a pleasure; pains, if it be a pain. 6. Its purity, or the chance it has of not being followed by sensations of the opposite kind; that is, pains, if it be a pleasure; pleasures, if it be a pain. These two last, however, are in strictness scarcely to be deemed properties to the pleasure or the pain itself; they are not, therefore, in strictness to be taken into account of the value of that pleasure or that pain. They are in strictness to be deemed properties only of the act, or other event, by which such pleasure or pain has been produced (...). To a number of persons, with reference to each of whom the value of a pleasure or a pain is considered, it will be greater or less, according to seven circumstances: to wit, the six preceding ones (...) and one other; to wit: 7. Its extent; that is, the number of persons to whom it extends; or (in other words) who are affected by it." (Bentham, 1988: 29-30).

de existência torne-se algo indesejável. Daí os famosos exemplos de Mill: “é melhor ser um homem insatisfeito que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito que um tolo satisfeito”¹⁰⁶. Faculdades superiores dão lugar a prazeres de qualidade superior.

A felicidade deve então ser medida segundo a quantidade e a qualidade. O fundamento último da moralidade – produzir o máximo possível de felicidade geral – pressupõe que a felicidade dos diversos indivíduos possa ser agregada em um total. Essa é uma das grandes dificuldades teóricas do utilitarismo. Embora as ideias fundamentais de prazer e dor sejam suficientemente claras, e pareça sustentável que existam diferentes graus de prazer, tanto em quantidade quanto em qualidade, não é igualmente evidente como seria possível comparar prazeres diversos ou, ainda, prazeres e dores, de modo a obter a utilidade resultante. Como apontar, por exemplo, entre dois prazeres de qualidade diversa, o mais valioso? Como determinar o valor de prazeres do mesmo tipo experimentados por indivíduos diferentes? Como comparar diferentes tipos de dor e, ainda, esses diferentes tipos de dor com diferentes tipos de prazer?

Para Mill, o veredito final sobre questões desse tipo deve repousar no juízo dos indivíduos que conhecem as várias formas de prazer e de dor ou, no caso de divergência, no juízo da maioria desses indivíduos. Os seres humanos são os animais superiores, capazes de sentir as formas mais elevadas de prazer, assim

¹⁰⁶ “A being of higher faculties requires more to make him happy, is capable of more acute suffering, and is certainly accessible to it at more points, than one of an inferior type; but in spite of these liabilities, he can never really wish to sink into what he feels to be a lower grade of existence. (...) [I]ts most appropriate appellation is a sense of dignity, which all human beings possess in one form or other, and in some, though by no means in exact, proportion to their higher faculties, and which is so essential a part of the happiness of those in whom it is strong, that nothing which conflicts with it could be, otherwise than momentarily, an object of desire to them. (...) It is better to be a human being dissatisfied than a pig satisfied; better to be Socrates dissatisfied than a fool satisfied. And if the fool, or the pig, is of different opinion, it is because they only know their own side of the question. The other party to the comparison knows both sides.” (Mill, 1998: 57).

como as mais baixas. É o juízo dos homens, portanto, o árbitro último da utilidade¹⁰⁷. E esse juízo manifesta-se, em particular, nas *preferências* externadas pelos homens educados e civilizados¹⁰⁸.

A moralidade utilitária extrai sua força vinculante daquilo que Mill chama de “sentimentos sociais da humanidade”: o “desejo dos homens de se manter em unidade com os seus semelhantes”¹⁰⁹. Para que haja convívio entre os homens fundado nesses sentimentos, isto é, para que seja possível uma relação entre iguais e não uma relação de mero domínio de uns sobre os outros, é preciso que o interesse de cada indivíduo seja devidamente reconhecido e consultado pelos demais. A sociedade humana, no sentido próprio do termo, pressupõe, desse modo, que os interesses de todos sejam igualmente levados em consideração. A cooperação entre os homens envolve, em outras palavras, que o fim de cada um se identifique com o fim de todos; que cada um considere como seus os interesses dos

¹⁰⁷ “On a question which is the best worth having of two pleasures, or which of two modes of existence is the most grateful to the feelings, apart from its moral attributes and from its consequences, the judgment of those who are qualified by knowledge of both, or, if they differ, that of the majority among them, must be admitted as final. And there needs be less hesitation to accept this judgment respecting the quality of pleasures, since there is no other tribunal to be referred to even on the question of quantity. What means are there of determining which is the acutest of two pains, or the intensest of two pleasurable sensations, except the general suffrage of those who are familiar with both? Neither pains nor pleasures are homogeneous, and pain is always heterogeneous with pleasure. What is there to decide whether a particular pleasure is worth purchasing at the cost of a particular pain, except the feelings and judgment of the experienced? When, therefore, those feelings and judgment declare the pleasures derived from the higher faculties to be preferable in kind, apart from the question of intensity, to those of which the animal nature, disjoined from the higher faculties, is susceptible, they are entitled on this subject to the same regard.” (Idem: 58-59).

¹⁰⁸ “(...) the test of quality, and the rule for measure it against quantity, being the preference felt by those who, in their opportunities of experience, to which must be added their habits of self-consciousness and self-observation, are best furnished with the means of comparison.” (Idem: 59). “A cultivated mind – I do not mean that of a philosopher, but any mind to which the fountains of knowledge have been opened, and which has been taught, in any tolerable degree, to exercise its faculties – finds sources of inexhaustible interest in all that surrounds it (...). Now there is absolutely no reason in the nature of things why an amount of mental culture sufficient to give an intelligent interest in these objects of contemplation, should not be the inheritance of every one born in a civilized country.” (Idem: 61).

¹⁰⁹ “This firm foundation is that of the social feelings of mankind; the desire to be in unity with our fellow creatures (...).” (Idem: 77).

demais¹¹⁰. O poder vinculante do princípio de utilidade, de acordo com Mill, se apoia nessa convicção.

O princípio de utilidade não deve, portanto, ser confundido com a comodidade pessoal ou com a promoção de interesses individuais egoístas. A felicidade de que trata o utilitarismo não é a felicidade individual, mas a felicidade geral. O utilitarismo exige, em outras palavras, que cada agente considere a felicidade de todos os indivíduos afetados por suas ações, inclusive a sua própria, com a mais rigorosa imparcialidade de um “observador benevolente e desinteressado”¹¹¹. Até mesmo o autossacrifício é admitido como meio para a promoção da felicidade geral¹¹².

O utilitarismo também não é, entretanto, uma doutrina de autoabnegação. O princípio de utilidade é um critério de avaliação da conduta humana e não um fator de motivação psicológica. É possível que um indivíduo faça aquilo que o princípio requer mesmo agindo por motivações puramente egoístas¹¹³. Também não é necessário que os indivíduos examinem a todo instante a utilidade de suas ações; o utilitarismo é compatível com a existência de critérios secundários

¹¹⁰ “Now, society between human beings, except in the relation of master and slave, is manifestly impossible on any other footing than that the interest of all are to be consulted. Society between equals can only exist on the understanding that the interests of all are to be regarded equally. (...) So long as they are co-operating, their ends are identified with those of the others; there is at least a temporary feeling that the interests of others are their own interests.” (Idem: 77-78).

¹¹¹ “I must again repeat, what assailants of utilitarianism seldom have the justice to acknowledge, that the happiness which forms the utilitarian standard of what is right in conduct, is not the agent’s own happiness, but that of all concerned. As between his own happiness and that of others, utilitarianism requires him to be as strictly impartial as a disinterested and benevolent spectator.” (Idem: 64).

¹¹² “The utilitarian morality does recognize in human beings the power of sacrificing their own greatest good for the good of others. It only refuses to admit that the sacrifice is itself a good. A sacrifice which does not increase, or tend to increase, the sum total of happiness, it considers as wasted.” (Idem: 63-64).

¹¹³ “The objectors of utilitarianism cannot always be charged with representing it in a discreditable light. On the contrary, those among them who entertain anything like a just idea of its disinterested character, sometimes find fault with its standard as being too high for humanity. They say it is exacting too much to require that people shall always act from inducement of promoting the general interests of society. But this is to mistake the very meaning of a standard of morals, and to confound the rule of action with the motive of it.” (Idem: 64-65).

de avaliação de conduta que funcionem como guias para a aplicação do princípio de utilidade às situações concretas da vida ordinária. É nesses termos, aliás, que John Stuart Mill explica a força vinculante da moralidade popular. Um só indivíduo teria dificuldades em aferir a utilidade de cada uma de suas ações não apenas em razão da variedade e complexidade das situações cotidianas, mas também em virtude da necessidade de um acúmulo de experiências que nem todos têm a oportunidade de reunir em uma vida inteira. Os indivíduos podem fiar-se, entretanto, na experiência adquirida pela humanidade ao longo de toda a sua história. Com efeito, as experiências transmitidas pelos homens de geração em geração constituem um valioso corpo de conhecimentos sobre a maior ou menor utilidade dos mais variados tipos de conduta humana, nas mais diversas situações da vida. Esse corpo de conhecimentos frequentemente cristaliza-se na forma de preceitos de sabedoria ancestral ou de moralidade popular, de modo que esses preceitos constituem, no mais das vezes, guias seguros para a promoção da felicidade geral, ainda que os indivíduos, em sua maioria, desconheçam que o fundamento último desses preceitos repouse na utilidade¹¹⁴.

Assim, as acusações de egoísmo e altruísmo excessivos não representam, para Mill, verdadeiras dificuldades para o utilitarismo. O grande entrave está na aparente incompatibilidade entre utilidade e justiça¹¹⁵. É difícil admitir, por exemplo, a ideia de que a fraude, o furto, a condenação de um inocente possam

¹¹⁴ “During all the time mankind have been learning by experience the tendencies of actions; on which all the prudence, as well as all the morality of life, is dependent. (...) [M]ankind must by this time have acquired positive beliefs as to the effects of some actions on their happiness; and the beliefs which have thus come down are the rules of morality for the multitude, and for the philosopher until he has succeeded in finding better. (...) It is a strange notion that the acknowledgment of a first principle is inconsistent with the admission of secondary ones. To inform a traveller respecting the place of his ultimate destination, is not to forbid the use of landmarks and direction-posts on the way.” (Idem: 70).

¹¹⁵ É o próprio Mill quem observa, ao final do ensaio: “The considerations which have now been adduced [the connection between justice and utility] resolve, I conceive, the only real difficulty in the utilitarian theory of morals.” (Idem: 107).

justificar-se mesmo nos casos em que atos desse tipo manifestamente tendam a promover a felicidade geral. Se a utilidade é o fundamento último da moralidade, ela deveria ser também o fundamento da justiça. Nesse caso, o conflito acima apontado seria impossível. Portanto, para salvar o utilitarismo dessa grave objeção, é preciso mostrar como a justiça poderia ser compreendida em termos utilitários. Esse é o tema da próxima seção.

2. Utilidade e justiça

Mill propõe um catálogo de situações específicas geralmente associadas à ideia de justiça. É comum, por exemplo, considerar justo respeitar direitos concedidos por lei e injusto desrespeitá-los; a própria lei pode ser vista como justa ou injusta na medida em que contemple ou não direitos que as pessoas julguem moralmente sustentáveis. Fala-se, ainda, em justiça e injustiça quando se trata de atribuir benefícios ou sanções a alguém ou nos casos de cumprimento ou quebra de promessas. A justiça é, por fim, comumente associada às noções de imparcialidade e igualdade. Há, portanto, seis noções distintas que, na opinião geral, guardam alguma relação com a ideia de justiça: (1) direitos previstos em lei (*legal rights*); (2) direitos que deveriam estar previstos em lei (*moral rights*); (3) merecimento, no tocante a punições e recompensas; (4) promessas; (5) imparcialidade; e (6) igualdade¹¹⁶. O exame da justiça deve revelar o liame existente entre essas diferentes noções.

A ideia de justiça, para Mill, contém dois elementos: uma regra de

¹¹⁶ *Idem*: 88-91.

conduta e um sentimento que torna essa regra vinculante. O primeiro elemento diz respeito às condutas justas e injustas. As justas são, em geral, consideradas de observância obrigatória e se distinguem, nesse aspecto, das meras recomendações ou regras de conveniência (*simple expediency*). A justiça está ligada, então, à ideia de *obrigação moral*¹¹⁷. Ora, é possível distinguir dois tipos de obrigações morais: as obrigações perfeitas, às quais corresponde um direito moral (*moral right*) de exigir a realização da conduta obrigatória; e as obrigações imperfeitas, às quais não corresponde direito algum. As da segunda espécie equivalem aos deveres de benevolência ou generosidade, porque o seu cumprimento não pode ser exigido por ninguém. Já as obrigações de justiça são da primeira espécie, porque o justo se refere precisamente à conduta exigível¹¹⁸.

O campo próprio da justiça é, portanto, o das obrigações perfeitas. Logo, a noção de direitos morais é um elemento essencial da regra de justiça. Os direitos morais, conforme Mill, conferem aos indivíduos que os detêm o poder de exigir da sociedade como um todo a proteção de certos interesses, seja por lei (caso em que os direitos em questão tornam-se também legais), seja pela educação ou

¹¹⁷ "When we think that a person is bound in justice to do a thing, it is an ordinary form of language to say, that he ought to be compelled to do it. (...) For the truth is, that the idea of penal sanction, which is the essence of law, enters not only into the conception of injustice, but into that of any kind of wrong. We do not call anything wrong, unless we mean to imply that a person ought to be punished in some way or other for doing it; if not by law, by the opinion of his fellow creatures; if not by opinion, by the reproaches of his own conscience. This seems the real turning point of the distinction between morality and simple expediency." (Idem: 93). "(...) [W]e call any conduct wrong, or employ, instead, some other term of dislike or disparagement, according as we think that the person ought, or ought not, to be punished for it; and we say that it would be right to do so and so, or merely that it would be desirable or laudable, according as we would wish to see the person whom it concerns, compelled, or only persuaded and exhorted, to act in that manner." (Idem: 94).

¹¹⁸ "In the more precise language of philosophic jurists, duties of perfect obligation are those duties in virtue of which a correlative right resides in some person or persons; duties of imperfect obligation are those moral obligations which do not give birth to any right. I think it will be found that the distinction exactly coincides with that which exists between justice and the other obligations of morality. (...) Justice implies something which it is not only right to do, and wrong not to do, but which some individual person can claim from us as his moral right. No one has a moral right to our generosity or beneficence, because we are not morally bound to practice those virtues towards any given individual." (Idem: 94-95).

pela opinião geral¹¹⁹. A regra de justiça implica, portanto, (i) o respeito aos interesses socialmente protegidos de certos indivíduos; e (ii) a expectativa de que a violação desses interesses seja socialmente sancionada.

Tais elementos conferem à justiça a sua posição distintiva dentro do campo mais geral da moralidade e explicam, ainda, o liame entre as seis situações mencionadas no início desta seção. Com efeito, toda injustiça equivale à violação de direitos legais (1) ou morais (2); e a justiça, por conseguinte, ao respeito a tais direitos. Violar um direito, por sua vez, significa desrespeitar os interesses de um indivíduo determinado ou determinável¹²⁰. Ora, é possível desrespeitar os interesses de alguém de várias formas, em especial, deixando de entregar-lhe aquilo que lhe é devido ou de sancionar um mal que lhe foi causado (3), quebrando promessas que lhe foram feitas (4), ou, ainda, negando-lhe a mesma atenção ou os mesmos benefícios concedidos a outros em situação equivalente à sua (5) (6)¹²¹.

O que confere à regra a sua força vinculante é o segundo componente da ideia de justiça: o sentimento que emerge das situações em que direitos morais são violados. Tal sentimento compõe-se, por sua vez, de dois elementos: (i) o desejo de punir a pessoa responsável pelo dano causado ao interesse socialmente protegido; e (ii) a ciência ou crença de que o dano foi sofrido por um indivíduo ou grupo de indivíduos determinados ou determináveis¹²². O segundo elemento apenas

¹¹⁹ “When we call anything a person’s right, we mean that he has a valid claim on society to protect him in the possession of it, either by the force of law, or by that of education and opinion.” (Idem: 97).

¹²⁰ A possibilidade de individualizar os interesses em jogo é, portanto, para Mill, característica fundamental da noção de direitos. Mill utiliza, no original, um vocabulário tipicamente benthamita – “assigned or assignable persons” – para designar os titulares dos direitos.

¹²¹ “Whether the injustice consists in depriving a person of a possession, or in breaking faith with him, or in treating him worse than he deserves, or worse than other people who have wrong done, and some assignable person who is wronged. Injustice may also be done by treating a person better than others; but the wrong in this case is to his competitors, who are also assignable persons.” (Idem: 94).

¹²² “We have seen that the two essential ingredients in the sentiment of justice are, the desire to punish a person who has done harm, and the knowledge or belief that there is some definite individual or individuals to whom harm has been done.” (Idem: 95).

confere ao sentimento de justiça o seu caráter distintivo. De fato, uma vez que a ideia de um direito moral pressupõe a existência de alguém que seja o titular desse direito e possa reivindicá-lo, o sentimento que emergiria da ocorrência de um dano sem vítimas determinadas ou determináveis (por exemplo, um dano produzido a “toda espécie humana” ou a “todos os seres vivos”) não faria surgir propriamente o sentimento de justiça, mas sentimentos de benevolência ou de generosidade¹²³. É o primeiro elemento do sentimento de justiça – o desejo de punir – que explica por que os direitos morais vinculam, ou, para dizer de outro modo, por que a proteção de alguns interesses individuais é exigível de toda sociedade.

Mill entende que o desejo de punição emerge do sentimento natural de vingança ou retaliação, o qual, por sua vez, é apenas o desdobramento natural, no ser humano, de dois instintos animais básicos: o impulso de autodefesa e a compaixão¹²⁴. A autodefesa e a compaixão adquirem no homem algumas características próprias decorrentes da inteligência superior da espécie. O ser humano é capaz de sentir compaixão não apenas pelos indivíduos que lhe são mais próximos (a prole, por exemplo), mas por toda a humanidade e até mesmo por todos os seres sencientes. A sua inteligência superior lhe permite, ainda, relacionar o seu próprio bem-estar, como indivíduo, ao bem-estar de todo grupo a que pertence. Por essa razão, é comum, entre os seres humanos, que o impulso de autodefesa se

¹²³ “For if a moralist attempts, as some have done, to make out that mankind generally, though not any given individual, have a right to all the good we can do them, he at once, by that thesis, includes generosity and beneficence within the category of justice. He is obliged to say that our utmost exertions are due to our fellow creatures, thus assimilating them to a debt; or that nothing less can be sufficient return for what society does for us, thus classing the case as one of gratitude; both of which are acknowledged cases of justice. Wherever there is a right, the case is one of justice, and not of the virtue of beneficence: and whoever does not place the distinction between justice and morality in general where we have now placed it, will be found to make no distinction between them at all, but to merge all morality in justice.” (Idem: 95).

¹²⁴ “The sentiment of justice, in that one of its elements which consists of the desire to punish, is thus, I conceive, the natural feeling of retaliation or vengeance (...).” (Idem: 96). “Now it appears to me that the desire to punish a person who has done harm to some individual, is a spontaneous outgrowth from two sentiments, both in the highest degree natural, and which either are or resemble instincts; the impulse of self-defense, and the feeling of sympathy.” (Idem: 95).

estenda à tribo, ao país ou à espécie como um todo. Assim alargados pela inteligência, o impulso de autodefesa e a compaixão fazem cada indivíduo sentir-se pessoalmente ferido quando a segurança de sua comunidade é ameaçada. Surge daí o desejo de vingança, que confere ao sentimento justiça a sua força característica¹²⁵.

O desejo de vingança seria moralmente neutro se aparecesse somente no seu aspecto bruto, como pura reação às situações de ameaça, porque a sua relação com a felicidade geral seria, então, apenas contingente. Todavia, uma vez que nos casos de injustiça o desejo de vingança vem sempre atrelado aos sentimentos sociais dos homens (isto é, aos sentimentos que decorrem da percepção de que o destino individual depende do destino da comunidade), esse desejo tende sempre, nesses casos, a favorecer a felicidade geral¹²⁶.

A teoria da justiça de John Stuart Mill, tal como exposta até aqui, pode ser representada esquematicamente da seguinte forma:

¹²⁵ "Human beings, on this point, only differ from other animals in two particulars. First, in being capable of sympathizing, not solely with their offspring, or, like some of the more noble animals, with some superior animal who is kind to them, but with all human, and even with all sentient, beings. Secondly, in having a more developed intelligence, which gives a wider range to the whole of their sentiments, whether self-regarding or sympathetic. By virtue of his superior intelligence, even apart from his superior range of sympathy, a human being is capable of apprehending a community of interest between himself and the human society of which he forms a part, such that any conduct which threatens the security of the society generally, is threatening his own, and calls forth his instinct (if instinct it be) of self-defense. The same superiority of intelligence, joined to the power of sympathizing with human beings generally, enables him to attach himself the collective idea of his tribe, his country, or mankind, in such a manner that any act hurtful to them rouses his instinct of sympathy, and urges him to resistance." (Idem: 96).

¹²⁶ "This sentiment [feeling of retaliation or vengeance], in itself, has nothing moral in it; what is moral is, the exclusive subordination of it to the social sympathies, so as to wait on and obey their call. For the natural feeling tends to make us resent indiscriminately whatever any one that is disagreeable to us; but when moralized by the social feeling, it only acts in the directions conformable to the general good: just persons resenting a hurt to society, though not otherwise a hurt to themselves, and not resenting a hurt to themselves, however painful, unless it be of the kind which society has a common interest with them in the repression of." (Ibidem).

Assim, a justiça também se apoia no princípio de utilidade. Os direitos individuais devem ser respeitados e protegidos pela sociedade como um todo porque tais direitos promovem a felicidade geral¹²⁷. O que faz, então, que pareça haver um conflito entre utilidade e justiça quando a fraude ou a condenação de um inocente, por exemplo, apesar de injustas, parecem tender a aumentar o nível geral de felicidade? Deixaríamos de considerar injusta a condenação de um inocente se soubéssemos que essa injustiça poderia diminuir a ocorrência de certos crimes violentos?

O contraste, para Mill, não é real; só é possível imaginá-lo porque a utilidade, quando examinada nos casos mais corriqueiros, parece obrigar menos que a justiça. Isso se deve à força peculiar do sentimento de retaliação que se agrega à violação de um direito moral. A intensidade dessa força resulta da gravidade das condutas em jogo, porque a violação de direitos morais fere a sociedade no “mais

¹²⁷ “To have a right, then, is, I conceive, to have something which society ought to defend me in the possession of. If the objector goes on to ask why it ought, I can give him no other reason than general utility.” (Idem: 98).

vital de seus interesses”: a segurança¹²⁸. O sentimento de retaliação confere aos direitos morais uma tal imperatividade que a diferença de grau entre casos de justiça e outros casos de utilidade transforma-se, por fim, em uma diferença de tipo¹²⁹.

Mas a justiça nem por isso deixa de ter como fundamento último a utilidade; apenas não nos damos conta disso em razão da força do sentimento de retaliação que sentimos quando nos deparamos com questões de justiça. As provas que Mill oferece para sustentar sua tese são duas. Em primeiro lugar, se a justiça, conforme assinalado, de fato serve à promoção da segurança social, os direitos morais subordinam-se à felicidade geral, na medida em que a segurança é um dos componentes essenciais dessa felicidade. Para salvar uma vida, por exemplo, pode ser necessário furtar alimentos ou medicamentos. Nesses casos, o furto torna-se não apenas aceitável, mas obrigatório¹³⁰. A subordinação da justiça à utilidade torna-se manifesta nesse exemplo, não porque consideremos injusto furtar para salvar uma vida, mas em virtude de tornar evidente que, em situações extremas, nas quais a segurança de uma pessoa esteja mais diretamente em perigo, é admissível que um direito moral seja sacrificado em favor da segurança. Em segundo lugar, somente poderia haver conflito real entre justiça e utilidade se existissem casos claros de justiça e injustiça que pudessem ser contrastados com casos claros de utilidade e não utilidade. Ocorre, no entanto, que uma mesma situação pode nos

¹²⁸ “(...) [A]nd this thirst [of retaliation] derives its intensity, as well as its moral justification, from the extraordinarily important and impressive kind of utility which is concerned. The interest involved is that of security, to every one’s feelings the most vital of all interests.” (Idem: 98).

¹²⁹ “Our notion, therefore, of the claim we have on our fellow creatures to join in making safe for us the very groundwork of our existence, gathers feelings round it so much more intense than those concerned in any of the more common cases of utility, that the difference in degree (as is often the case psychology) becomes a real difference in kind.” (Ibidem).

¹³⁰ O exemplo é do próprio Mill: “Thus, to save a life, it may not only be allowable, but a duty, to steal, or take by force, the necessary food or medicine (...)” (Idem: 107).

parecer justa ou injusta dependendo do modo como a examinamos¹³¹. Não apenas os povos e as nações, mas também os indivíduos dentro de uma mesma comunidade divergem frequentemente sobre a justiça ou injustiça de certos tipos de conduta¹³².

O *contraste* entre justiça e utilidade é, portanto, imaginário: “justiça” é apenas um nome que damos a um tipo específico, embora muito importante, de utilidade¹³³. É preciso notar, todavia, que *não* é imaginária a *distinção* entre a justiça e as outras formas de utilidade:

Is, then, the difference between the Just and the Expedient a merely imaginary distinction? Have mankind been under a delusion in thinking that justice is a more sacred thing than policy, and that the latter ought only to be listened to after the former has been satisfied? By no means. The exposition we have given of the nature and origin of the sentiment, recognizes a real distinction; and no one of those who profess the most sublime contempt for the consequences of actions as an element in their morality, attaches more importance to the distinction than I do. While I dispute the pretensions of any theory which sets up an imaginary standard of justice not grounded on utility, I account the justice which is grounded on utility to be the chief part, and incomparably the most sacred and binding part, of all morality. Justice is a name for certain classes of moral rules, which concern the essentials of human well-being more nearly, and are therefore of more absolute obligation, than any other rules for the guidance of life; and the notion which we have found to be of the essence of the idea of justice, that of a right residing in an individual, implies and testifies to this more binding obligation¹³⁴.

Existe, ainda, uma possível objeção à tese de Mill sobre os

¹³¹ “We are continually informed that Utility is an uncertain standard, which every different person interprets differently, and that there is no safety but in the immutable, ineffaceable, and unmistakable dictates of Justice, which carry their evidence in themselves, and are independent of the fluctuations of opinion. One would suppose from this that on questions of justice there could be no controversy; that if we take that for our rule, its application to any given case could leave us in as little doubt as mathematical demonstration. So far is this from being the fact, that there is as much difference of opinion, and as fierce discussion, about what is just, as about what is useful to society.” (Idem: 99).

¹³² Idem: 99-102.

¹³³ “It appears from what has been said, that justice is a name for certain moral requirements, which, regarded collectively, stand higher in the scale of social utility, and are therefore of more paramount obligation, than any others (...).” (Idem: 106). “Justice remains the appropriate name for certain social utilities which are vastly more important, and therefore more absolute and imperative, than any others are as a class (though not more so than others may be in particular cases); and which, therefore, ought to be, as well as naturally are, guarded by a sentiment not only different in degree, but also in kind; distinguished from the milder feeling which attaches to the mere idea of promoting human pleasure or convenience, at once by the more definite nature of its commands, and by the sterner character of its sanctions.” (Idem: 107).

¹³⁴ Idem: 102-103.

fundamentos utilitários da justiça. As noções de imparcialidade e igualdade, sempre associadas intimamente à ideia do justo (a imparcialidade como virtude própria da justiça e a igualdade como o “mais abstrato critério de justiça social e distributiva”), parecem ter um sentido próprio, independente da noção de utilidade, porque não é tão óbvia a sua vinculação à segurança social. Assim, mesmo tendo sido provada a subordinação dos direitos morais à segurança, restaria ainda provar que as noções mais abstratas de imparcialidade e igualdade também estariam subordinadas a esse interesse social.

Uma tal demonstração é, contudo, desnecessária, porque, em vez de sugerir que a imparcialidade e a igualdade, assim como a noção de direitos morais, estariam subordinadas à felicidade geral, Mill afirma, ao contrário, que elas integram o próprio *significado* do princípio de utilidade. Com efeito, o sentido desse princípio é precisamente que a felicidade de todos e, portanto, os interesses de cada indivíduo têm *igual* relevância na aferição da felicidade geral e devem, por isso, ser levados em consideração com *imparcialidade*. Esse é, de acordo com Mill, o espírito da máxima de Bentham: “cada indivíduo vale por um, ninguém por mais de um”¹³⁵. Daí se explica também o fato de atribuímos a cada pessoa o direito de ser tratada igual às outras, *salvo* quando alguma razão de interesse social mais amplo exija o

¹³⁵ “In one point of view, they [the maxims of equality and impartiality] may be considered as corollaries from the principles already laid down. If it is a duty to do each according to his deserts, returning good for good as well as repressing evil by evil, it necessarily follows that we should treat all equally well (when no higher duty forbids) who have deserved equally well of us, and that society should treat all equally well who have deserved equally well of it, that is, who have deserved equally well absolutely. This is the highest abstract standard of social and distributive justice; towards which all institutions, and the efforts of all virtuous citizens, should be made in the utmost possible degree to converge. But this great moral duty rests upon a still deeper foundation, being a direct emanation from the first principles of morals, and not a mere logical corollary from secondary or derivative doctrines. It is involved in the very meaning of Utility, or the Greatest-Happiness Principle. That principle is a mere form of words without rational signification, unless one person’s happiness, supposed equal in degree (with the proper allowance made for kind), is counted for exactly as much as another’s. Those conditions being supplied, Bentham’s dictum ‘everybody to count for one, nobody for more than one’ might be written under the principle of utility as an explanatory commentary.” (Idem: 105).

contrário¹³⁶.

Resumindo o que foi dito nesta seção e na seção anterior, parece-nos importante destacar o seguinte:

1) o utilitarismo é a doutrina segundo a qual o fundamento último da moralidade consiste na felicidade geral. A moralidade é o conjunto de regras e preceitos que guiam a conduta humana em direção à referida felicidade;

2) a felicidade deve ser compreendida como prazer e ausência de dor, podendo manifestar-se em graus diversos, tanto em quantidade como em qualidade. A medida da felicidade são as *preferências* dos homens educados e civilizados;

3) a força vinculante do princípio de utilidade reside nos sentimentos sociais dos homens;

4) o utilitarismo exige que cada um considere a felicidade dos demais com a mais rigorosa imparcialidade de um “observador benevolente e desinteressado”;

5) justiça e utilidade não estão em conflito. “Justiça” é apenas o nome de um tipo especial de utilidade que envolve um interesse de suma importância: a segurança social;

6) a ideia de justiça compõe-se de uma regra de conduta e de um sentimento que confere força vinculante à regra;

7) a regra estabelece que os direitos morais, isto é, certos interesses individuais ou individualizáveis, devem ser socialmente protegidos;

¹³⁶ “All persons are deemed to have a right to equality of treatment, except when some recognized social expediency requires the reverse.” (*Idem*: 106).

8) o sentimento que confere a tais direitos a sua força vinculante é o desejo de punir ou vingar a sua violação, desejo esse que provém do impulso de autodefesa e da compaixão, comuns a todos os animais, aliados à inteligência superior do homem. Os sentimentos sociais do homem orientam o desejo de punição em direção à felicidade geral. Portanto, o desejo de punição confere à justiça a sua imperatividade peculiar e os sentimentos sociais do homem lhe conferem a sua natureza moral; e

9) imparcialidade e igualdade são elementos constitutivos do *significado* do princípio de utilidade: os interesses de cada indivíduo têm *igual* relevância na aferição da felicidade geral e devem, por isso, ser levados em consideração com *imparcialidade*. Daí a máxima de Bentham: “cada indivíduo vale por um, ninguém por mais de um”.

3. Ronald Dworkin e a precedência do justo sobre o útil

A tese central do utilitarismo, tal como defendido por John Stuart Mill, pode ser reformulada segundo a distinção dworkiniana entre razões de princípio e razões de política pública. Nessa perspectiva, o utilitarismo seria a teoria segundo a qual *toda* justificativa da conduta humana estaria apoiada, em última análise, em razões de política pública. Dito de outro modo: toda razão de princípio (isto é, toda justificativa fundada em um direito moral) poderia ser reduzida a uma razão de política pública (isto é, uma justificativa fundada na promoção da felicidade geral). Além disso, uma vez que o próprio *significado* do princípio de utilidade traria em seu bojo um ideal de igualdade e imparcialidade, agir por razões de política pública

significaria assegurar aos interesses de cada indivíduo *igual* peso no cálculo da utilidade geral.

Para Ronald Dworkin, uma primeira dificuldade com o modelo utilitarista seria definir o que se pretende designar pela expressão “felicidade geral”. Ela poderia significar, de um lado, a satisfação das preferências gerais da população mediante um aumento do nível geral de bem-estar, ou, de outro lado, a conquista progressivamente maior de um ideal de sociedade perfeita, independentemente das preferências gerais da população¹³⁷. Neste último sentido, que poderíamos chamar de “ideal”, a felicidade geral não atenderia à igualdade e imparcialidade pressupostas pelo princípio de utilidade. Com efeito, desde que existissem concepções distintas, no seio da mesma comunidade, sobre o que constitui uma sociedade perfeita, a adoção do “sentido ideal” implicaria necessariamente a atribuição de um peso maior ao modo de vida de certos indivíduos em detrimento dos demais¹³⁸.

Essa, no entanto, não é uma dificuldade real para uma teoria utilitarista como a de John Stuart Mill, que, conforme vimos, utiliza como critério de mensuração da felicidade geral as *preferências* dos homens educados e civilizados. Nesse sentido específico, a felicidade geral parece consistente com os ideais de igualdade e imparcialidade embutidos no princípio de utilidade e expressos pela máxima de Bentham¹³⁹.

Há, todavia, uma segunda dificuldade aparentemente insuperável.

Algumas preferências, segundo Dworkin, são intrinsecamente

¹³⁷ **TRS:** 232, 274-275.

¹³⁸ **TRS:** 274.

¹³⁹ **TRS:** 234.

incompatíveis com a igualdade e a imparcialidade. O filósofo norte-americano cita, como exemplo, as preferências de indivíduos racistas em relação a grupos raciais minoritários¹⁴⁰. Agir com imparcialidade em relação a tais preferências (isto é, atribuir-lhes o mesmo peso dado às demais no cálculo utilitário) significaria dar peso menor às preferências dos indivíduos que compõem o grupo minoritário. A distorção poderia também ocorrer na direção inversa. Se a maioria da população desejasse o bem-estar de alguns poucos indivíduos, poder-se-ia supor que somente atribuindo peso maior às preferências desses poucos indivíduos seria possível satisfazer plenamente as preferências da maioria e, portanto, a felicidade geral. A felicidade geral continuaria a ser a justificativa última da conduta humana, mas à custa do sacrifício da igualdade e da imparcialidade. Logo, em qualquer dos casos mencionados, o utilitarismo entraria em contradição consigo mesmo, porque a felicidade geral somente poderia ser atingida mediante a violação dos ideais de igualdade e imparcialidade que, supostamente, fariam parte do próprio significado do princípio de utilidade. Para atingir a utilidade, seria preciso violar a utilidade.

Uma possível saída para o utilitarismo seria traçar uma distinção entre as preferências individuais, de modo a excluir aquelas que estão em desacordo com a própria noção de utilidade. Dworkin sugere, nessa linha de raciocínio, uma distinção entre preferências pessoais (*personal preferences*) e preferências externas (*external preferences*). As do primeiro tipo refletiriam aquilo que os indivíduos desejam *para si próprios*; já as do segundo tipo expressariam aquilo que os indivíduos desejam *para os outros*. A igualdade e a imparcialidade embutidas no princípio de utilidade pareceriam, então, exigir que apenas as preferências pessoais

¹⁴⁰ Uma possível defesa de Mill poderia consistir em apontar que tais preferências não seriam próprias de homens educados e civilizados. Entretanto, as realidades vividas pela humanidade no Século XX enfraquecem muito a credibilidade dessa possível linha de defesa.

fossem levadas em consideração no cômputo da utilidade geral¹⁴¹.

Contudo, essa é uma falsa solução. As preferências pessoais e externas estão por vezes tão indissociavelmente ligadas umas às outras que se torna impossível, na prática, estabelecer critérios ou procedimentos que permitam discerni-las ou tratá-las distintamente. As situações em que os dois tipos de preferências se tornam mais claramente vinculados são aquelas em que os indivíduos preferem, para si próprios, algo que embute um preconceito em relação a outros indivíduos. É isso o que se dá, por exemplo, nos casos em que certos indivíduos desprezam pessoas de alguma etnia ou orientação moral, religiosa ou filosófica e *preferem* não conviver publicamente com elas em escolas, hospitais, repartições públicas etc. Seria muito difícil adaptar o utilitarismo a casos desse tipo, porque as preferências aí envolvidas são, *ao mesmo tempo e no mesmo aspecto*, pessoais e externas¹⁴².

Essa específica fragilidade do utilitarismo é o que permite lançar

¹⁴¹ "(...) [T]he preferences of an individual for the consequences of a particular policy may be seen to reflect, on further analysis, either a personal preference for his own enjoyment of some goods or opportunities, or an external preference for the assignment of goods and opportunities to others, or both. (...) If a utilitarian argument counts external preferences along with personal preferences, then the egalitarian character of that argument is corrupted, because the chance that anyone's preferences have to succeed will then depend, not only on the demands that the personal preferences of others make on scarce resources, but on the respect or affection they have for him or for his way of life. If external preferences tip the balance, then the fact that a policy makes the community better off in a utilitarian sense would not provide a justification compatible with the right of those it disadvantages to be treated as equals. This corruption of utilitarianism is plain when some people have external preferences because they hold political theories that are themselves contrary to utilitarianism (...). There are similar corruption when the external preferences that are counted are altruistic or moralistic. (...) [T]he result will be a form of double counting (...)." (TRS: 234-235). Veja também TRS: 274-275; MP: 359-365; RT: passim.

¹⁴² "It is not always possible, however, to reconstitute a utilitarian argument so as to count only personal preferences. Sometimes personal and external preferences are so inextricably tied together, and so mutually dependent, that no practical test for measuring preferences will be able to discriminate the personal and external elements in any individual's overall preference. That is especially true when preferences are affected by prejudice." (TRS: 236). "If utilitarian arguments of policy are to be used to justify constraints on liberty, then care must be taken to insure that the utilitarian calculations on which the argument is based fix only on personal and ignore external preferences. (...) Important as that conclusion is at the level of political philosophy, however, it is in itself of limited practical significance, because it will be impossible to devise political procedures that will accurately discriminate between personal and external preferences." (TRS: 276).

alguma luz sobre o papel que os direitos fundamentais (denominados, no utilitarismo de Mill, de “direitos morais”) desempenham no discurso jurídico¹⁴³. De fato, os direitos fundamentais expressam aquilo que John Stuart Mill pretendia captar como parte do significado do princípio de utilidade, mas que vimos ser inconsistente com o referido princípio tão logo tentamos aplicá-lo às preferências externas: os ideais de igualdade e imparcialidade.

Num certo sentido, portanto, os direitos fundamentais precedem a utilidade geral, porque constituem óbices ou “trunfos” à referida utilidade precisamente nos casos em que ela própria constitui uma ameaça aos ideais de igualdade e imparcialidade que esses direitos traduzem¹⁴⁴. Isso explica uma outra diferença importante entre razões de política pública e razões de princípio. Enquanto as razões do primeiro tipo são sensíveis às preferências individuais (*choice-sensitive*) e mudam de acordo com as escolhas da maioria, as do segundo tipo são insensíveis às referidas preferências (*choice-insensitive*), porque estabelecem os limites dentro dos quais elas podem ser exercidas¹⁴⁵.

¹⁴³ Portanto, diferentemente do que sustentaram alguns críticos, o propósito de Dworkin não é defender um versão alternativa do utilitarismo, mas demonstrar que os direitos fundamentais são irreduzíveis à utilidade, conforme veremos em seguida. “*The concept of an individual political right, in the strong anti-utilitarian sense I distinguished earlier, is a response to the philosophical defects of a utilitarianism that counts external preferences and the practical impossibility of a utilitarianism that does not.*” (TRS: 277). “*My arguments are arguments against an unrestricted utilitarianism, not in favour of a restricted one.*” (TRS: 357).

¹⁴⁴ “*The nerve of a claim of right, even on the demythologized analysis of rights I am using, is that an individual is entitled to protection against the majority even at the cost of the general interest.*” (TRS: 146). “*We need rights, as a distinct element in political theory, only when some decision that injures some people nevertheless finds prima-facie support in the claim that it will make the community as a whole better off on some plausible account of where the community’s general welfare lies. (...) We want to say that the decision is wrong, in spite of its apparent merit, because it does not take the damage it causes to some into account in the right way and therefore does not treat these people as equals entitled to the same concern for others.*” (RT: 166).

¹⁴⁵ “*I do believe that what I call issues of policy are choice-sensitive, and that issues of principle are choice-insensitive.*” (SV: 205). “*Choice-sensitive issues are those whose correct solution, as a matter of justice, depends essentially on the character and distribution of preferences within the political community. The decision whether to use available public funds to build a new sports center or a new road system is typically choice-sensitive. (...) The decision whether to kill convicted murderers or to outlaw racial discrimination in employment, on the other hand, seems choice-insensitive. I do not*

Ora, se os ideais de igualdade e imparcialidade são diferentes da utilidade, porque definem os limites fora dos quais a felicidade geral não pode ser legitimamente promovida, não podemos recorrer à noção de utilidade para explicar os direitos morais. No próximo capítulo veremos qual a explicação oferecida por Dworkin para a existência e o conteúdo desses direitos.

believe that the right decision on these issues depends in any substantial way on how many people want or approve of capital punishment or think racial discrimination unjust. The case against capital punishment, I believe, is just as strong in a community where a majority of members favor it as in a community of people revolted by the idea. Of course people will disagree about which issues are choice-sensitive and which, if any, are choice-insensitive. But the second-order question whether any particular first-order question is choice-sensitive or –insensitive is itself choice-insensitive.” (SV: 204-205).

IV. A TEORIA DWORKINIANA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Os direitos fundamentais como princípios de justiça

Como já havíamos observado na Introdução, a investigação sobre a natureza dos direitos fundamentais, no sentido conceitual-normativo, abrange quatro questões inter-relacionadas: (i) a natureza dos direitos fundamentais; (ii) a sua relação com a lei; (iii) a especificação de seu conteúdo; e (iii) os efeitos que deles derivam. Na presente seção, tratamos da primeira questão. As demais serão objeto das seções seguintes.

Já vimos que os direitos fundamentais referem-se a interesses individuais e são manifestações dos ideais de igualdade e imparcialidade. É sobre esses ideais, portanto, e não sobre a ideia de liberdade individual¹⁴⁶, que repousa o significado mais profundo desses direitos. Ora, igualdade e imparcialidade são, para Dworkin, o próprio núcleo da ideia de justiça. O filósofo norte-americano segue, nesse aspecto, a visão clássica sobre a justiça, tal como exposta e refinada por H. L. A. Hart em *The Concept of Law*.

Hart identifica dois tipos principais de situações sociais em que a ideia

¹⁴⁶ “The central concept of my argument will be the concept not of liberty but of equality.” (TRS: 272). “If we settle on this concept of a right (...), then it seems plain that there exists no general right to liberty as such.” (TRS: 269). Sobre a tese contrária, de que o único fundamento possível para os direitos morais seria a liberdade, veja, por todos, Hart, 1984: “I shall advance the thesis that if there are any moral rights at all, it follows that there is at least one natural right, the equal right of all men to be free. By saying that there is this right, I mean that in the absence of certain special conditions which are consistent with the right being an equal right, any adult human being capable of choice (1) has the right to forbearance on the part of all others from the use of coercion or restraint against him save to hinder coercion or restraint and (2) is at liberty (i.e. is under no obligation to abstain from) any action which is not one coercing or restraining or designed to injure other persons” (p. 77).

de justiça aparece: (i) situações em que se trata de distribuir algum ônus ou benefício entre indivíduos de uma mesma categoria; e (ii) situações em que se trata de compensar alguém por um dano que lhe foi causado. O conceito de justiça aplica-se, assim, primordialmente, a situações de *distribuição* e *compensação*, que, não por acaso, correspondem às noções aristotélicas de justiça distributiva e justiça corretiva. Todas as demais aplicações do conceito são, segundo Hart, derivadas daquelas duas¹⁴⁷. Ora, o que existe em comum entre as situações de distribuição e as de compensação é a ideia de que os indivíduos assumem, uns em relação aos outros, e em certos aspectos, posições de *igualdade*. No caso da distribuição, trata-se de uma igualdade *a preservar*, mediante a correta alocação de ônus ou benefícios; no caso da compensação, trata-se de uma igualdade *a corrigir* ou *recompor*, mediante indenização¹⁴⁸.

A justiça exige, desse modo, igualdade de tratamento: pessoas em situação igual merecem tratamento igual. Ronald Dworkin elabora um pouco mais

¹⁴⁷ “The distinctive features of justice and their special connection with law begin to emerge if it is observed that most of the criticisms made in terms of just and unjust could almost equally well be conveyed by the words ‘fair’ and ‘unfair’. Fairness is plainly not coextensive with morality in general; references to it are mainly relevant in two situations in social life. One is when we are concerned not with a single individual’s conduct but with the way in which classes of individuals are treated, when some burden or benefit falls to be distributed among them. Hence what is typically fair or unfair is a ‘share’. The second situation is when some injury has been done and compensation or redress is claimed. These are not the only contexts where appraisals in terms of justice or fairness are made. We speak not only of distributions or compensations as just or fair but also of a judge as just or unjust; a trial as fair or unfair; and a person as justly or unjustly convicted. These are derivative applications of the notion of justice which are explicable once the primary application of justice to matters of distribution and compensation is understood.” (Hart, 1994: 158-159).

¹⁴⁸ The general principle latent in these diverse applications of the idea of justice is that individuals are entitled in respect of each other to a certain relative position of equality or inequality. This is something to be respected in the vicissitudes of social life when burdens or benefits fall to be distributed; it is also something to be restored when it is disturbed. Hence justice is traditionally thought of as maintaining or restoring a balance or proportion, and its leading precept is often formulated as ‘Treat like cases alike’; though we need to add to the latter ‘and treat different cases differently’. So when, in the name of justice, we protest against a law forbidding coloured people the use of the public parks, the point of such criticism is that such a law is bad, because in distributing the benefits of public amenities among the population it discriminates between persons who are, in all relevant respects, alike. Conversely, if a law is praised as just because it withdraws from some special section some privilege or immunity, e.g. in taxation, the guiding thought is that there is no such relevant difference between the privileged class and the rest of the community as to entitle them to the special treatment. (...)” (Hart, 1994: 158-159).

essa ideia, distinguindo entre duas possíveis concepções de igualdade de tratamento, conforme o enfoque se dê sobre o ato de justiça ou sobre a pessoa destinatária do ato: agir com justiça pode significar “conferir igual tratamento”, ou “tratar alguém *como* igual”¹⁴⁹. É esta última acepção, também referida pela famosa fórmula dworkiniana “igualdade de consideração e respeito”, que capta melhor, segundo o filósofo norte-americano, o conceito de justiça.

Logo, é a justiça o fundamento último dos direitos morais. Mas não só isso. Uma vez que as considerações de justiça são também um pressuposto necessário para o cálculo da felicidade ou bem-estar geral, é nela que se fundamentam, em última análise, as razões de política pública:

*(...) [T]he concern and respect is a right so fundamental that is not captured by the general characterization of rights as trumps over collective goals, except as a limiting case, because it is the source both of the general authority of collective goals and of the special limitations on their authority that justify more particular rights*¹⁵⁰.

A teoria dworkiniana inverte tão completamente os pressupostos do utilitarismo que a justiça não apenas se torna inexplicável em termos de utilidade, como é a própria utilidade que passa a ser compreensível somente em termos de justiça. Quando Mill dizia que os interesses de todos deveriam ser considerados no cálculo utilitário com a mais rigorosa imparcialidade de um observador benevolente e desinteressado, somos levados a crer que o filósofo inglês apelava, embora sem se

¹⁴⁹ “The sovereign question of political theory, within a state supposed to be governed by the liberal conception of equality, is the question of what inequalities in goods, opportunities and liberties are permitted in such a state, and why. The beginning of an answer lies in the following distinction. Citizens governed by the liberal conception of equality each have a right to equal concern and respect. But there are two different rights that might be comprehended by that abstract right. The first is the right to equal treatment, that is, to the same distribution of goods or opportunities as anyone else has or is given. (...) The second is the right to treatment as an equal. This is the right, not to an equal distribution of some good or opportunity, but the right to equal concern and respect in the political decision about how these goods and opportunities are to be distributed. (...) I propose that the right to treatment as an equal must be taken to be fundamental under the liberal conception of equality, and that the more restrictive right to equal treatment holds only in those special circumstances in which, for some special reason, it follows from the more fundamental right (...).” (**TRS**: 272-273). Veja também **SV**: 11.

¹⁵⁰ **TRS**: xv.

dar conta, a um princípio de justiça e propunha, como modelo de agente moral, uma espécie de juiz ideal¹⁵¹.

Para resumir o que dissemos até aqui, é possível concluir que os direitos fundamentais, na teoria dworkiniana, são *princípios de justiça*. A expressão é de um certo modo redundante, mas a redundância serve, nesse caso, para acentuar a conexão íntima existente entre a justiça e os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são expressões da própria ideia de justiça.

Todavia, a ideia de justiça é incompleta quando considerada no grau de abstração em que foi acima examinada. Mesmo quando entendido, na versão mais elaborada, como “igualdade de consideração e respeito”, o conceito de justiça mostra-se ainda insuficiente para guiar a conduta em situações concretas. Conforme nos lembra H. L. A. Hart, a mera enunciação da igualdade não indica em qual aspecto e em que casos as pessoas merecem ser tratadas como iguais. Afinal, embora os seres humanos assemelhem-se em vários aspectos, são muito diferentes em outros tantos¹⁵².

A justiça tem, assim, uma estrutura complexa. O seu enunciado abstrato necessita ser completado por uma noção mais concreta de igualdade que permita identificar em quais aspectos as pessoas devem ser tratadas como iguais e

¹⁵¹ É curioso notar que, para explicar a sua própria teoria, Dworkin apele também a um juiz ideal, o “juiz Hércules”.

¹⁵² “(...) *These simple examples are, however, enough to show that, though ‘Treat like cases alike and different cases differently’ is a central element in the idea of justice, it is by itself incomplete and, until supplemented, cannot afford any determinate guide to conduct. This is so because any set of human beings will resemble each other in some respects and differ from each other in others and, until it is established what resemblance and differences are relevant, ‘Treat like cases alike’ must remain an empty form. To fill it we must know when, for the purposes in hand, cases are to be regarded as alike and what differences are relevant. Without this further supplement we cannot proceed to criticize laws or other social arrangements as unjust. It is not unjust for the law when it forbids homicide to treat the red-haired murderers in the same way as others; indeed it would be as unjust if it treated them differently, as it would be if it refused to treat differently the sane and the insane.*” (Hart, 1994: 159-160).

em quais outros aspectos a igualdade não se aplica. Essa parte mais concreta tenderá, evidentemente, a apresentar conteúdo diverso de acordo com a teoria da justiça adotada. A alguns parecerá, por exemplo, que tratar todos como iguais significa atribuir-lhes ônus e benefícios segundo o seu mérito; outros dirão que, no lugar do mérito, dever-se-ia antes ter em conta a necessidade de cada um; outros ainda proporão como critério da justiça que a cada um se dê segundo a sua posição social. Há, em outras palavras, um conceito de justiça que admite diversas concepções¹⁵³. E essas concepções refletem teorias que disputam a correta apreensão do conceito.

O esforço de compreensão do conceito de justiça pode, portanto, ser entendido como um empreendimento conceitual-normativo, tal como o definimos na Introdução. Explicar o conceito de justiça significa elaborar uma teoria que revele a natureza do conceito e também, por conseguinte, a relação que ele mantém com outros conceitos morais. Ora, uma vez que os direitos fundamentais são princípios de justiça, examinar o conceito de justiça é, também, revelar a estrutura normativa profunda desses direitos.

¹⁵³ Como fonte para a distinção entre os dois níveis de abstração presentes na ideia de justiça, Hart cita o famoso ensaio *De la Justice*, de Chaïm Perelman, publicado originalmente em 1945, e republicado, primeiro, em *Justice et Raison* (1963) e, posteriormente, como § 1 do Capítulo I, Parte I, de *Éthique et Droit* (Veja Perelman, 1996: 3-67). Os exemplos de concepções de justiça citados no texto são de Perelman. A distinção também foi adotada por John Rawls em *A Theory of Justice*: "(...) One may think of a public conception of justice as constituting the fundamental charter of a well-ordered human association. Existing societies are of course seldom well-ordered in this sense, for what is just and unjust is usually in dispute. Men disagree about which principles should define the basic terms of their association. Yet we may still say, despite this disagreement, that they each have a conception of justice. That is, they understand the need for, and they are prepared to affirm, a characteristic set of principles for assigning basic rights and duties and for determining what they take to be the proper distribution of the benefits and burdens of social cooperation. Thus it seems natural to think of the concept of justice as distinct from the various conceptions of justice and as being specified by the role which these different sets of principles, these different conceptions have in common". (Rawls, 1971: 5).

2. Os direitos fundamentais e a lei

A justiça é, como vimos, “igualdade de consideração e respeito”. Esse conceito, para Ronald Dworkin, funda-se na ideia mais elementar de dignidade humana. O primeiro passo para compreender o conceito de justiça consiste, portanto, em examinar a noção de dignidade¹⁵⁴.

A análise deve partir da distinção fundamental entre juízos éticos e morais: um juízo ético diz respeito àquilo que um indivíduo deve fazer para viver bem; um juízo moral refere-se ao modo como os indivíduos devem tratar uns aos outros¹⁵⁵. Quanto aos juízos éticos, Dworkin faz notar que “viver bem” não é o mesmo que ter uma “vida boa”. A primeira expressão contém a ideia de agir de um certo modo. Trata-se, nas palavras do filósofo norte-americano, de uma “noção adverbial”¹⁵⁶. A “vida boa”, por outro lado, é “adjetiva”, realça a ideia do resultado, da obtenção de um estado de coisas. Ora, é uma crença bastante disseminada entre as pessoas que uma vida valiosa pode exigir sacrifícios, inclusive da vida mesma. Lutar por uma vida boa é *parte* daquilo que significa viver bem, mas não o contrário, porque o comportamento ético pode exigir em alguns casos a autoabnegação ou a renúncia a um estado de coisas muito desejado¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Em **TRS**, os dois conceitos são tratados como independentes (veja **TRS**: 198-199). A conexão entre eles aparece em obras posteriores. Veja **IDPH**: 9-11; **SV**: 4-7 (sob o nome de “*ethical individualism*”); e **JH**: 266.

¹⁵⁵ “*I emphasize here (...) the distinction between ethics, which is the study of how to live well, and morality, which is the study of how we must treat other people.*” (**JH**: 13); “*Moral standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves.*” (**JH**: 191). Veja também **IDPH**: 21.

¹⁵⁶ **JH**: 197.

¹⁵⁷ “*We might be able to construct a conception of a good life such that an immoral or biased act would always, or almost always, make the agent’s life finally a worse life to lead. But I now suspect that any such attempt would fail. Any attractive conception of our moral responsibilities would sometimes demand great sacrifices – it might require us to risk, or perhaps even to sacrifice, our lives. It is hard to*

A ideia de “viver bem” pode, por sua vez, ser expressa por dois princípios interligados: (i) o princípio de respeito próprio, segundo o qual cada um deve dar *real* importância à própria vida; e (ii) o princípio de autenticidade, segundo o qual cada indivíduo é responsável por identificar, por si mesmo, e procurar realizar, sua própria concepção do que é viver bem. Este último princípio se desdobra em duas exigências: cada indivíduo deve estruturar sua própria vida por meio de valores que possam sustentar uma narrativa de vida coerente, e deve resistir à dominação dos outros, embora não possa resistir à sua influência. Os dois princípios éticos acima explicados constituem uma concepção daquilo que se chama de dignidade humana¹⁵⁸.

A passagem da ética à moral se dá por meio do que Dworkin chama de “Princípio de Kant”: a plena realização do ideal de respeito próprio exige que o indivíduo considere sua própria vida *objetivamente* importante. Ora, atribuir valor

believe that someone has suffered terrible misfortunes has had a better life than he would have had if he had acted immorally and then prospered in every way, creatively, emotionally, and materially, in a long and peaceful life. We can, however, pursue a somewhat different, and I believe more promising, idea. This requires a distinction within ethics that is familiar in morals: a distinction between duty and consequence, between the right and the good. We must distinguish between living well and having a good life. These two different achievements are connected and distinguished in this way: living well means striving to create a good life, but only subject to certain constraints essential to human dignity. (...) We cannot explain the importance of a good life except by noticing how creating a good life contributes to living well.” (JH: 195-196).

¹⁵⁸ “I now introduce two principles that I believe state fundamental requirements of living well. (...) The first is a principle of self-respect. Each person must take his own life seriously: he must accept that it is a matter of importance that his life be a successful performance rather than wasted opportunity. The second is a principle of authenticity. Each person has a special, personal responsibility for identifying what counts as success in his own life; he has a personal responsibility to create that life through a coherent narrative that he himself endorses. Together the two principles offer a conception of human dignity (...).” (JH: 203-204). “Authenticity is the other side of self-respect. Because you take yourself seriously, you judge that living well means expressing yourself in your life, seeking a way to live that grips you as right for you and your circumstance.” (JH: 209). “Authenticity has another dimension: it stipulates what dignity demands we try to establish in our relations with other people. (...) We cannot escape influence, but we must resist domination. The distinction is of great ethical importance. Authenticity is in this aspect a narrowly relational concept. (...) The indignity lies in usurpation, not limitation.” (JH: 211-212). Veja também *IDPH*: 9-11 e *SV*: 5-7 e 448-449 (onde a dignidade é chamada de “*ethical individualism*”). Os dois princípios da ética articulados por Ronald Dworkin guardam um interessante paralelo com as duas proposições da razão prática sugeridas por Thomas Nagel como fundamento para a distinção entre “razões neutras em relação ao agente” e “razões relativas ao agente”: “(1) a vida de todas as pessoas tem valor e um valor igual; (2) cada pessoa tem sua própria vida para levar”. (*apud* Vita, 2007: 1-2).

objetivo à própria vida significa conferir-lhe importância intrínseca, de modo a considerar que a vida é importante não apenas porque é minha, mas porque é uma vida. O ideal de respeito próprio exige, em outras palavras, que a vida dos outros tenha também importância objetiva¹⁵⁹. Desse modo, é através do respeito próprio que moralidade e dignidade estão relacionadas: uma vez que não é possível a ninguém ter respeito verdadeiro por sua própria vida sem conferir igual respeito à vida de seus semelhantes, é do senso de dignidade individual que nascem as obrigações morais.

As obrigações morais podem ser gerais ou especiais. As obrigações gerais não supõem qualquer tipo de relação especial entre os indivíduos; são relações que existem inclusive entre estranhos. Os deveres de respeitar a vida alheia e de não prejudicar os outros são exemplos de obrigações morais gerais. As obrigações especiais, por seu turno, são aquelas que surgem apenas quando há certas relações entre as pessoas envolvidas, tais como promessas ou contratos, vínculos de parentesco, de amizade, de nacionalidade etc. As relações que dão origem a obrigações especiais podem ser “performativas” (*performative*), quando originadas de atos voluntários e “datáveis”, como as promessas; ou “associativas” (*associational*), quando decorrentes de um vínculo associativo entre as pessoas envolvidas, como os vínculos de parentesco ou de amizade¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “We can rescue Kant’s crucial insight from his metaphysics: we can state it as what I shall call Kant’s principle. A person can achieve the dignity and self-respect that are indispensable to a successful life only if he shows respect for humanity itself in all its forms. That is a template for unification of ethics and morality.” (JH: 19). “The first principle of dignity, recast to make plain the objective value of any human life, becomes what I called Kant’s principle. Your reason for thinking it important how your life goes is also a reason you have for thinking it important how anyone’s life goes: you see the objective importance of your life mirrored in the objective importance of everyone else’s.” (JH: 260).

¹⁶⁰ “These relationships fall into two main categories: performative and associational. First, we make some people special through datable and voluntary acts like making a promise to them. Second, some people just are special in virtue of some associational bond: a bond of family, kinship, or partnership in a joint enterprise, for instance.” (JH: 301).

Um tópico fundamental para a compreensão das obrigações especiais é o papel que as convenções ou práticas sociais desempenham na formação dessas obrigações. As convenções e práticas sociais propriamente *não criam* obrigações morais, porque são fatos e, como tais, não podem dar origem a deveres genuínos¹⁶¹. Elas, entretanto, *contribuem* para a formação de obrigações morais, nos casos em que reforçam a dignidade individual, ao (i) encorajar comportamentos responsáveis, nas relações performativas ou (ii) evitar o surgimento de relações de dominação, nas relações associativas.

Vejamos melhor o que isso significa. Toda obrigação moral deriva do dever geral de não causar danos aos outros. Esse dever é simplesmente um desdobramento do Princípio de Kant. Ocorre que a interação entre os indivíduos aumenta muito o risco de danos, não apenas em virtude da proximidade física que se estabelece entre eles, mas, principalmente, em razão (i) das expectativas sobre o comportamento mútuo que se formam como parte necessária da vida social; e (ii) da maior possibilidade de se estabelecerem relações de dominação entre pessoas que mantêm entre si algum vínculo de dependência¹⁶². As convenções e práticas sociais criam obrigações genuínas *na medida em que expressam* o dever geral de não causar dano a outrem ao diminuírem o risco de danos na interação entre os

¹⁶¹ “The crucial role of convention and social practice in fixing obligation poses a philosophical difficulty. Conventions are only matters of fact. How can they create and shape genuine moral duties? (...) Social practices seem to create performative and associational obligations from scratch. They seem alchemy: making something moral out of nothing moral.” (JH: 302).

¹⁶² “You cannot live without tempting or even encouraging others to make predictions about what you will do and to rely on those predictions in making their own plans. Governments, advertisers, rivals, family, lovers, friends, and opponents try to predict what you will do or want or buy or prefer. It would be impossible – a crippling compromise of your responsibility to live well – for you to avoid encouraging such expectations or to avoid defeating some of them.” (JH: 305). “The second principle of dignity requires that we assume a special responsibility for our own lives: among other consequences it forbids (...) subordination. In certain relationships we defer to the interests, opinions, authority, or well-being of others in a way that would count as subordination if it was not in some way a reciprocal deference. The deference takes different forms in different relationships, and the necessary reciprocation need not be in kind. But unless the parties to such a relationship both accept some kind or degree of special responsibility to one another, the dignity of the party denied that special concern is compromised.” (JH: 312).

indivíduos. Elas o fazem mediante o reforço da responsabilidade especial de alguns em virtude das expectativas criadas por seu comportamento ou o refinamento do conteúdo do dever especial que algumas pessoas têm perante outras em virtude dos vínculos associativos.

As promessas, por exemplo, somente dão origem a obrigações morais genuínas quando servem ao propósito fundamental de encorajar as expectativas daqueles a quem se dirigem, de modo a reforçar a responsabilidade do promitente e reduzir o campo das possíveis escusas para não honrar a responsabilidade assumida¹⁶³. Da mesma forma, as convenções que definem os diferentes papéis sociais nas relações associativas (*role conventions*) somente dão origem a obrigações morais genuínas quando contribuem para evitar a formação de relações de dominação entre pais e filhos, cônjuges, sócios em um empreendimento, governantes e governados etc.¹⁶⁴.

Há, portanto, uma interação entre as convenções e práticas sociais e aquilo que Dworkin chama de “responsabilidade moral de fundo” (*background responsibility*). As convenções e práticas sociais têm uma eficácia própria, porque geram expectativas sobre o que será ou não considerado danoso na vida social, mas não extraem a sua força moral dessas expectativas e sim do dever geral

¹⁶³ “The point of promising is to set the bar very high for successful excuses for disappointing deliberately encouraged expectations. A promise makes a whole range of excuses ineligible that would be sufficient if reliance had been encouraged in some other and less heightened way.” (JH: 310).

¹⁶⁴ “Political association, sexual intimacy, and other forms of association we discuss in this section are enormously valuable ethically. They contribute to both the goodness of our lives and our success in living our lives. But it is important to that benefit that they are risky relationships. They make each party not only open to a special kind of benefit but vulnerable to a special kind of harm. You do not deny or compromise your special responsibility for your own life if you have made the goodness of your own life vulnerable to what happens to a few others, or if you have granted them partial control over your own life, when these mergers of life and fate are matched by a like heightened concern for you. But, except in very special circumstances, a person’s responsibility is compromised when that merger is unilateral; when the other party to what you take to be a special relationship treats you as he would any stranger. The benefit you sought, just in the fact of a relationship you value, is then replaced not just by disappointment but also by a kind of subservience.” (JH: 312).

preexistente que elas tornam mais preciso. Além disso, em virtude da função especial que desempenham nas relações morais, as convenções sociais agravam a indignidade quando ignoradas, porque acrescentam ao dano produzido *um sentido social*¹⁶⁵. Logo, ao mesmo tempo em que *criam e reforçam* padrões de conduta ao “refinar” o conteúdo do dever moral geral, as convenções e práticas sociais submetem-se também a padrões ético-morais *independentes* derivados da dignidade humana¹⁶⁶.

As obrigações políticas são espécies de obrigações associativas. A situação especial de que elas se originam é a submissão de um grupo de indivíduos a um mesmo governo. Aqui, de novo, há um problema filosófico. Como é possível que deveres morais genuínos resultem de um fato contingente como a formação de um Estado¹⁶⁷?

A questão, segundo Dworkin, está mal formulada. É preciso notar, primeiramente, que a boa condução da vida das pessoas depende em boa medida

¹⁶⁵ “First, the more detailed the conventions, the less room for uncertainty they leave as to what would count as the forbidden harm. It would be at best unclear, absent any conventional instruction, who counts as a member of my family to whom I owe special concern. Or what friendship permits or requires by way of favoritism in employment. Social practice reduces these areas of uncertainty; it does differently in different cultures and also over time. Second, convention sharply increases the risk to dignity when these responsibilities, so refined, are ignored; it increases the risk by attaching a social, and not merely personal, meaning to any failure to respect the relationship.” (JH: 314).

¹⁶⁶ “Promising and explicit not-promising signal, by convention, limiting cases of a kind of moral responsibility, cases that would exist even in the absence of convention. The convention cannot achieve what the rationale of the underlying moral facts would not sanction.” (JH: 310). “So convention strengthens as well as shapes role obligations. The expectations they nourish cannot be dismissed as mere predictions with no moral force, because they are supported not just by the practices themselves but by the more basic responsibilities the practices refine and protect. The obligation drives the expectation rather than the other way around, and the obligation does not cease when the expectation perishes – when parents become resigned to their children’s indifference, for instance. Reciprocal interaction between background responsibility and social conventions explains a further and crucial feature of these obligations. Role conventions must satisfy independent ethical and moral tests. (...) Social practices create genuine obligations only when they respect the two principles of dignity: only when they are consistent with an equal appreciation of the importance of all human lives and only when they do not license the kind of harm to others that is forbidden by that assumption.” (JH: 315).

¹⁶⁷ “It may therefore seem mysterious what associational obligations could hold among people just because they salute – if they salute – the same flag. We will not find the answer in any history of how political communities came to be formed or reformed. It is only a series of historical and geographical accidents – where rivers run and kings slept – that has made the political boundaries of the United States or France or any other place what they are.” (JH: 319).

da existência de um governo dotado de poder coercitivo. A autoridade política é um elemento importante para a realização da dignidade humana. É também evidente, por outro lado, que os governos representam uma ameaça constante à dignidade humana, porque envolvem, necessariamente, uma relação de domínio de algumas pessoas sobre outras. Logo, a indagação fundamental é: dado o fato histórico e accidental de que certos indivíduos se encontram submetidos a um mesmo governo, o que pode tornar esse governo legítimo? Ou, dito de outro modo: que forma de governar *não* representa violação à dignidade humana¹⁶⁸?

Assim formulada a pergunta, a resposta se torna evidente. Um governo somente pode criar obrigações políticas genuínas na medida em que trata os seus súditos com dignidade. Isso, para Dworkin, é o mesmo que tratar a todos os cidadãos *com igual consideração e respeito*. A expressão “igual consideração” reporta-se ao primeiro princípio da dignidade: o governo deve considerar como igualmente importante a vida de cada cidadão; e “igual respeito” refere-se ao segundo princípio: o governo deve respeitar a responsabilidade que cada cidadão tem sobre a própria vida¹⁶⁹. O conceito de justiça é, portanto, o fundamento da legitimidade política e a fonte mais abstrata dos direitos fundamentais: o governo não pode exercer poder coercitivo legitimamente, mesmo com o propósito de promover a utilidade geral, se não respeitar a dignidade de cada um dos

¹⁶⁸ “Collective coercive government is essential to our dignity. We need the order and efficiencies that only coercive government can provide to make it possible for us to create good lives and to live well. Anarchy would mean the end of dignity altogether. But coercive government also threatens to make dignity impossible. Some members of the community must exercise vast power over the rest: they must threaten punishment for disobedience, and they must sometimes carry out the threat. That state of affairs threatens both of our principles. How can I, given my special responsibility for my own life, accept the dominion of others? How can I, given my respect for the objective importance of other people’s lives, join in forcing them to do as I wish?” (JH: 320).

¹⁶⁹ “A political community has no moral power to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treat their fates as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives.” (JH: 330).

cidadãos¹⁷⁰.

Há, aqui, um problema. Os conceitos de legitimidade política e justiça claramente não se confundem. É perfeitamente possível que um governo seja legítimo sem ser completamente justo. A justiça, aliás, é um ideal bastante exigente, que nunca chega a ser atingido por governo algum¹⁷¹. Como é possível, então, que a justiça seja o próprio fundamento da legitimidade?

A resposta está na ideia de responsabilidade moral, que examinamos brevemente na Introdução, quando tratávamos da “epistemologia” dworkiniana. Vimos ali que a responsabilidade é a *atitude* do agente moral que consiste em manter-se sincero, veraz e coerente em relação às próprias convicções; significa, conforme dissemos, agir com *integridade*.

Essa epistemologia moral adquire, contudo, uma coloração específica quando se trata de aplicá-la à esfera das obrigações políticas. Ao tratarmos dessas obrigações, já não estamos no âmbito da moralidade pessoal (aquilo que devemos aos outros como indivíduos), mas avançamos para o campo distinto da *moralidade política* (aquilo que devemos aos outros como cidadãos). O que marca a diferença entre esses dois âmbitos da moralidade é a existência do ente coletivo artificial a que chamamos de “comunidade política”. O ente coletivo traduz o fato de que alguns cidadãos agem, no cumprimento de suas obrigações políticas, como representantes

¹⁷⁰ “That principle of legitimacy is the most abstract source of political rights. Government has no moral authority to coerce anyone, even to improve the welfare or well-being or goodness of the community as a whole, unless it respects those two requirements person by person. The principles of dignity therefore state very abstract political rights: they trump government’s collective policies. We form this hypothesis: All political rights are derivative from that fundamental one. We fix and defend particular rights by asking, in much more detail, what equal concern and respect require.” (JH: 330). Veja também SV: 1.

¹⁷¹ “Legitimacy is a different matter from justice. Governments have a sovereign responsibility to treat each person in their power with equal concern and respect. They achieve justice to the extent they succeed. (...) A government can be legitimate, that is, if it strives for its citizens’ full dignity even if it follows a defective conception of what that requires.” (JH: 321-322).

da comunidade como um todo¹⁷². Em virtude desse fato, a comunidade política torna-se, ela própria, um agente moral.

As obrigações políticas envolvem, por isso, a *personificação* da comunidade, que é tratada *como se* tivesse existência independente da de seus membros¹⁷³. A atribuição de personalidade moral ao ente coletivo artificial não é, contudo, arbitrária. A sua razão de ser está na própria natureza das obrigações políticas. Essas obrigações são, essencialmente, obrigações de todo o grupo. Não é possível compreender a responsabilidade dos representantes da comunidade sem antes definir as responsabilidades gerais da comunidade como um todo. Não se trata de atribuir à comunidade política realidade ontológica independente dos cidadãos. Trata-se apenas de reconhecer que para determinar a responsabilidade dos cidadãos que agem em nome da comunidade política é preciso primeiro compreender quais são as responsabilidades da comunidade como um todo e não o contrário¹⁷⁴.

Ora, uma vez que os atos dos representantes da comunidade são

¹⁷² "Political obligation belongs to this last topic because it springs from a relationship that holds among fellow subjects of a political community. But it marks the transition from the personal to the political, because citizens acquit their political obligations in part through a separate, artificial collective entity. Political communities are only collections of individuals, but some of these individuals have special roles and powers that allow them to act, singly or together, on behalf of the community as a whole. So we must recognize a distinct department of value: political morality." (JH: 327).

¹⁷³ "My account of political integrity takes the personification much more seriously, as if a political community really were some special kind of entity distinct from the actual people who are its citizens. Worse, it attributes moral agency and responsibility to this distinct entity. (...) I mean that the community has its own principles it can itself honor or dishonor, that it can act in good or bad faith, with integrity or hypocritically, just as people can." (LE: 168).

¹⁷⁴ "The personification furnishes not only a necessary step on the way to judgments about particular people, but a plateau we can occupy to consider these judgments. None of this means that (...) we are interested in group responsibility for its own sake. There would be no point to developing or applying principles of group responsibility if we did not assume that these were connected to judgments about how real people must now act. But we can separate the two issues, reserving the question of individual responsibility as one to be taken up only after we have decided whether the group as a whole has met the standards appropriate for it. The personification is deep: it consists in taking the corporation seriously as a moral agent. But it is still a personification not a discovery, because we recognize that the community has no independent metaphysical existence, that it is itself a creature of the practices of thought and language in which it figures." (LE: 171). Veja também SV: 222-230.

imputados ao ente moral coletivo, imputamos também à comunidade como um todo as convicções morais expressas por meio desses atos. Quando os representantes da comunidade agem com desprezo, a comunidade age com desprezo; quando agem com bondade, a comunidade age com bondade; quando agem com justiça, a comunidade age com justiça; e assim por diante. Logo, tal como se espera dos indivíduos que ajam de forma coerente com seus princípios e demonstrem uma atitude de responsabilidade em suas decisões como agentes morais, assim também se espera da comunidade personificada que aja de modo consistente com suas próprias convicções morais (isto é, as convicções morais expressas nos atos dos representantes da comunidade).

Pois bem. Agir de modo consistente com as próprias convicções sobre a justiça não significa ser justo. A responsabilidade moral não exige a obtenção de um resultado justo, mas consiste sobretudo em demonstrar uma atitude firme voltada à realização da justiça. Trata-se de uma *atitude*. Agimos com responsabilidade em questões de justiça quando nos esforçamos para ser justos, ainda que não alcancemos esse resultado. O que se espera, portanto, da comunidade política, não é propriamente a realização da verdadeira concepção de justiça, mas a busca incessante e de boa-fé da realização mais correta e completa possível das exigências da justiça. A comunidade deve, em outras palavras, agir com integridade¹⁷⁵.

¹⁷⁵ “We want our neighbors to behave, in their day-to-day dealings with us, in the way we think right. But we know that people disagree to some extent about the right principles of behavior, so we distinguish that requirement from the different (and weaker) requirement that they act in important matters with integrity, that is, according to convictions that inform and shape their lives as a whole, rather than capriciously or whimsically. (...) Integrity becomes a political ideal when we make the same demand of the state or community taken to be a moral agent, when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are. We assume, in both the individual and the political cases, that we can recognize other people’s acts as expressing a conception of fairness or justice or decency even when

Eis a chave para distinguir justiça e legitimidade. O conceito de justiça exige da comunidade política um resultado: a realização efetiva da melhor concepção de igual consideração e respeito. Esse resultado, conforme sabemos, nunca é completamente atingível nas circunstâncias reais da vida. O conceito de legitimidade, por seu turno, exige da comunidade uma atitude: conduzir-se com responsabilidade, ou seja, agir com integridade na tentativa de alcançar e realizar a melhor concepção de igual consideração e respeito que se possa conceber. A concepção de justiça adotada pela comunidade nas ações de seus representantes será, no mais das vezes, deficiente; mas a comunidade terá, não obstante, legitimidade, sempre que as suas ações expressem uma tentativa responsável de atingir a justiça¹⁷⁶. O “império da lei”, afirma Dworkin, “é definido por uma atitude, não por um território, por um poder ou um processo”¹⁷⁷.

A noção de legitimidade guarda relação com aquilo que os juspositivistas chamam de “a lei tal como é”; a noção de justiça aproxima-se da ideia de “a lei como deve ser”¹⁷⁸. Com efeito, a existência da comunidade personificada torna compreensível a ideia de que a lei, embora legítima, expresse uma concepção imperfeita de justiça (“a lei como é”) quando confrontada com uma outra concepção

we do not endorse that conception ourselves. This ability is an important part of our general ability to treat others with respect, and it is therefore a prerequisite of civilization.” (LE: 166).

¹⁷⁶ Em *Law’s Empire*, Ronald Dworkin expressa a diferença entre legitimidade e justiça por meio da distinção entre “integridade inclusiva” e “integridade pura”: “*The law we have, the actual concrete law for us, is fixed by inclusive integrity. This is law for the judge, the law he is obliged to declare and enforce. Present law, however, contains another law, which marks out its ambition for itself; this purer law is defined by pure integrity. It consists in the principles of justice that offer the best justification of the present law seen from the perspective of no institution in particular and thus abstracting from all the constraints of fairness and process that inclusive integrity requires. This purified interpretation speaks, not to the distinct duties of judges or legislators or any other political body or institution, but directly to the community personified*”. (LE: 406-407).

¹⁷⁷ LE: 413.

¹⁷⁸ Esse paralelo é uma sugestão nossa; não encontra respaldo explícito no texto do filósofo norte-americano. Dworkin ressalta, porém, que a sua teoria jurídica não dissolve a distinção juspositivista entre a “lei como é” e a “lei como deve ser”: “*There is nothing mysterious or metaphysical in this way of accommodating law in our structure: it supposes no emergent forces. Nor – this is crucial – does it deny the distinctness of questions about what the law is and what it ought to be.*” (JH: 407).

supostamente melhor (“a lei como deve ser”)¹⁷⁹. Em uma sociedade utópica, perfeitamente justa, a virtude política da integridade desapareceria por completo, pois a lei em vigor naquela sociedade seria tal como deveria ser¹⁸⁰.

A diferença entre legitimidade e justiça pode também ser captada pela distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos humanos, segundo Dworkin, expressam uma *atitude* de respeito à dignidade de cada ser humano. Segundo essa concepção, é possível que uma comunidade política respeite os direitos humanos de seus cidadãos mesmo que identifique equivocadamente os direitos políticos mais concretos que decorrem daqueles direitos¹⁸¹. A boa-fé é, nesse caso, fundamental. Isso pode ser constatado pelo exame das duas formas pelas quais um governo pode violar os direitos humanos de seus súditos. A primeira delas consiste em praticar atos tão obviamente inconsistentes com a dignidade humana que a alegação de boa-fé se torna indefensável. Há, aqui, a violação daquilo que Dworkin chama de “direitos humanos

¹⁷⁹ “Law is also different from justice. Justice is a matter of the correct or best theory of moral and political rights, and anyone’s conception of justice is his theory, imposed by his own personal convictions, of what these rights actually are. Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past.” (LE: 97).

¹⁸⁰ “Integrity would not be needed as a distinct political virtue in a utopian state. Coherence would be guaranteed because officials would always do what was perfectly just and fair. In ordinary politics, however, we must treat integrity as an independent ideal if we accept it at all, because it can conflict with these other ideals. It can require us to support legislation we believe would be inappropriate in the perfectly just and fair society and to recognize rights we do not believe people would have there.” (LE: 176-177).

¹⁸¹ “The fundamental human right, we should say, is the right to be treated with a certain attitude: an attitude that expresses the understanding that each person is a human being whose dignity matters. A government can respect that human right even if it makes mistakes in identifying which more concrete political rights it must respect, so long as its mistake is honest.” (IDPH: 35). “We must therefore insist that though people do have a political right to equal concern and respect on the right conception, they have a more fundamental, because more abstract, right. They have a right to be treated as a human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right. Government may respect that basic human right even when it fails to achieve a correct understanding of more concrete political rights – even when its tax structure is, as we think, unjust.” (JH: 335).

mínimos” (*baseline human rights*)¹⁸². A segunda forma de violação se dá quando o governo age de modo inconsistente com o conteúdo atribuído aos direitos humanos por suas próprias leis e práticas, porque nesse caso, novamente, não há como sustentar que a ação se deu de boa-fé¹⁸³.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são, conforme vimos, expressões diretas do ideal de igual consideração e respeito. A ênfase, nesse caso, não é na atitude dos representantes da comunidade política, mas no resultado efetivo obtido pela ação governamental. É possível dizer, desse modo, que os direitos fundamentais são expressões da justiça e os direitos humanos estabelecem os limites da legitimidade política:

*I emphasized the crucial difference between two questions. The first asks what a government is required to do according to the best, most accurate understanding of the two principles of human dignity. That is the question of citizens' political rights, the question we should debate in our ordinary political arguments. It is the question of justice. The second asks a different, more interpretive, question. What behavior of government would indicate that it has either not accepted the two principles as constraints on its conduct or that it is acting inconsistently with its own understanding of what they require? That is the question of human rights, and it is also the test of political legitimacy*¹⁸⁴.

Justiça e legitimidade política são aspectos distintos do ideal de igual consideração e respeito. A justiça traduz a realização efetiva desse ideal; a legitimidade expressa a busca responsável por alcançá-lo. Um governo pode sustentar, no conjunto de suas decisões, uma concepção equivocada de justiça e

¹⁸² “The basic requirement that government show respect for human dignity functions in two ways, and the distinction between these is of great practical importance. First, that basic requirement is the source of what we might call baseline human rights: the concrete rights, like the right not to be tortured, that set limits to how any government may act.” (*IDPH*: 35-36). “(...) [S]ome acts of government are so obviously inconsistent with the principles of human dignity that they cannot be thought to be justified by any intelligible conception of those principles. We must draft our core list of human rights to restrict violations of that character.” (*IDPH*: 36).

¹⁸³ “But the fundamental human right is not exhausted by these baseline rights; it requires more of particular nations because those nations' practices may show that they regard a kind of treatment as contemptuous even though other nations do not. If so, those nations deny respect when they treat anyone in that way. (...) The second test forbids government to act in ways that cannot be justified under the conception of dignity that the nation has embraced.” (*IDPH*: 42-43).

¹⁸⁴ *IDPH*: 96.

ser, no entanto, legítimo. É a distinção entre justiça e legitimidade que permite compreender a relação entre os direitos fundamentais e a lei.

Como vimos anteriormente, o conceito de justiça admite várias concepções. É possível discordar sobre o significado e as exigências mais concretas da justiça, mas é preciso, para agir com responsabilidade, buscar incessantemente a realização de uma concepção de justiça que se aproxime o mais possível da veracidade moral. Isso significa que a concepção de justiça deve ser abrangente, consistente e elaborada de boa-fé. Deve-se agir, em outras palavras, com *integridade*.

A lei de uma comunidade política é moralmente vinculante quando expressa uma concepção de justiça obtida dessa forma. A força vinculante da lei radica-se, portanto, nos direitos fundamentais e na atitude das autoridades políticas: um governo é tanto mais legítimo quanto maior a integridade com que busca a realização desses direitos.

3. Especificação dos direitos fundamentais

3.1. A taxonomia dos direitos em “Hard Cases”

A distinção entre justiça e legitimidade ilumina uma outra distinção, formulada muitos anos antes no famoso ensaio *Hard Cases*, entre “direitos de fundo”

(*background rights*) e “direitos institucionais” (*institutional rights*)¹⁸⁵. Os direitos fundamentais, quando concebidos como direitos *em vigor* em uma certa comunidade política, são direitos institucionais; quando, ao contrário, são concebidos abstratamente, como expressões puras ou pré-institucionais do conceito de justiça, são direitos de fundo. O vocabulário é útil para realçar dois aspectos importantes da noção de direitos fundamentais: (i) a ideia de que esses direitos, tal como vigoram nas comunidades políticas *reais*, são obra não apenas da moralidade política, mas da *história* dessas comunidades¹⁸⁶; e (ii) a ideia de que os direitos fundamentais continuam subordinados ao ideal de justiça, na medida em que se revelam tentativas imperfeitas de manifestar esse ideal. Uma vez que a lei também expressa a concepção de justiça em vigor na comunidade política, os direitos institucionais podem da mesma forma ser chamados de “direitos legais” (*legal rights*)¹⁸⁷.

Ora, um direito legal que não possa ser completamente especificado em um caso concreto não é um direito genuíno^{188 189}. O ato de invocar um direito como justificativa para a preservação de um interesse concreto é a experiência

¹⁸⁵ “Any adequate theory will distinguish, for example, between background rights, which are the rights that provide a justification for political decisions by society in the abstract, and institutional rights, that provide a justification for a decision by some particular and specified political institution.” (TRS: 93).

¹⁸⁶ “Political rights are creatures of both history and morality; what an individual is entitled to have, in civil society, depends upon both the practice and the justice of its political institutions.” (TRS: 87).

¹⁸⁷ Em *Hard Cases*, Dworkin utiliza a expressão “direitos institucionais” como gênero do qual os “direitos legais” seriam uma espécie. Para evitar complicações desnecessárias, vamos considerar as duas expressões como sinônimas.

¹⁸⁸ Curiosamente, essa mesma ideia de que somente os direitos concretamente reivindicáveis são direitos genuínos parece estar por trás das críticas de Jeremy Bentham ao teor demasiadamente abstrato da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789: “In regard to the rights thus declared, mention will either be made of the exceptions and modifications that may be made to them by the laws themselves, or there will not. In the former case, the observance of the declaration will be impracticable; nor can the law in its details stir a step without flying in the face of it. In the other case, it fails thereby altogether of its only object, the setting limits to the exercise of the legislative power”. (Bentham, 1843: 493). Todavia, se consideradas na perspectiva da metodologia dworkiniana, as críticas de Bentham pareceriam errar completamente o alvo. Para Dworkin, não é possível impugnar os direitos enunciados nas cartas constitucionais apenas por seu conteúdo abstrato; para determinar se um enunciado abstrato é vazio de conteúdo ou representa verdadeiramente um direito, é preciso verificar se o conceito por ele expresso é suscetível de adquirir significado concreto por meio de uma teoria ou concepção.

¹⁸⁹ Veja também, nesse sentido: Bonorino, 2002: 32 e 2003: 36.

fundamental que a teoria dworkiniana pretende captar¹⁹⁰. Essa é, aliás, uma característica dos direitos pressuposta na metáfora dos “trunfos”. Os direitos só podem ser “trunfos” em situações concretas. Os litígios judiciais servem, por isso, como um importante paradigma. É principalmente nos tribunais, muito mais do que no parlamento ou em repartições da administração pública, que os direitos adquirem o seu mais alto grau de concretude, porque a completa especificação dos direitos das partes é, ali, condição necessária para determinar a qual delas assiste razão.

Ocorre que os direitos fundamentais são frequentemente enunciados de forma abstrata. As cartas constitucionais enunciam, por exemplo, os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, sem detalhar o significado desses direitos para as situações específicas da vida ordinária. Daí a dificuldade capital: como extrair do enunciado abstrato dos direitos fundamentais o sentido concreto desses direitos?

Os direitos fundamentais são conceitos de moralidade política. Investigar o significado de um conceito moral é, conforme vimos na Introdução, elaborar uma concepção desse conceito, ou seja, desenvolver uma teoria que expresse a sua estrutura normativa profunda. Esse mesmo modelo metodológico aplica-se aos direitos fundamentais em geral e a cada um dos direitos fundamentais em espécie, todos os quais são também conceitos morais. O direito à vida, por exemplo, na sua formulação abstrata, admite concepções diversas sobre a sua extensão e o seu modo de aplicação nos casos de vida intrauterina. Dentre esses casos, há, ainda, diferentes concepções possíveis sobre como o direito à vida deve ser compreendido em relação aos fetos acometidos de deficiências ou deformidades congênitas. A formulação de cada uma dessas diferentes concepções pressupõe

¹⁹⁰ “*Legal rights are those that people are entitled to enforce on demand, without further legislative intervention, in adjudicative institutions that direct the executive power of sheriff or police.*” (JH: 406).

uma teoria sobre a natureza do direito em questão.

Para captar melhor esse aspecto da estrutura dos direitos fundamentais, que vão desde a mais completa abstração até a absoluta concretude, Dworkin propõe a distinção entre direitos abstratos e direitos concretos¹⁹¹. Não se trata, propriamente, de uma discriminação entre dois tipos de direitos, mas do mesmo direito considerado em níveis de maior ou menor especificidade quanto ao seu conteúdo normativo. A distinção é, portanto, relacional e admite um sem-número de graus intermediários de concretude e abstração. O direito de propriedade enunciado em uma carta constitucional é um direito abstrato em relação ao direito de propriedade invocado por um litigante no tribunal. O que há em comum entre um e outro – e que nos permite dizer que se trata do mesmo direito – é a teoria conceitual-normativa que se propõe a explicar o que é o direito fundamental de propriedade. O direito de propriedade aplicado pelo tribunal é o mesmo direito previsto abstratamente na carta constitucional, porque representa uma concepção do conceito do direito fundamental (institucional) de propriedade.

Desse modo, a especificação dos direitos fundamentais envolve a elaboração de uma teoria. Especificar um direito fundamental significa formular uma concepção desse direito. É possível elaborar concepções de direitos fundamentais nos mais diferentes níveis de abstração. A concepção do direito fundamental à vida, considerado como direito de fundo, especifica o direito à vida, tal como deveria ser

¹⁹¹ “Any adequate theory will also make use of a distinction between abstract and concrete rights, and therefore between abstract and concrete principles. This is a distinction of degree, but I shall discuss relatively clear examples at two poles of the scale it contemplates, and therefore treat it as a distinction in kind. An abstract right is a general political aim the statement of which does not indicate how that general aim is to be weighed or compromised in particular circumstances against other political aims. The grand rights of political rhetoric are in this way abstract. (...) Concrete rights, on the other hand, are political aims that are more precisely defined so as to express more definitely the weight they have against other political aims on particular occasions. (...) Abstract rights in this way provide arguments for concrete rights, but the claim of a concrete right is more definite than any claim of abstract right that supports it.” (TRS: 93-94).

compreendido em uma sociedade justa; uma concepção do direito fundamental à vida, considerado como direito institucional de uma certa comunidade, especifica o direito à vida tal como em vigor naquela comunidade.

3.2. *Sopesamento ou exclusão de interesses?*

O fenômeno da especificação dos direitos, tal como explicado acima, parece dar origem a uma importante dificuldade filosófica. A imagem dos direitos como “trunfos” sugere, de um lado, que os direitos fundamentais têm eficácia absoluta¹⁹². Essa imagem, conforme vimos, está intimamente vinculada ao conteúdo concreto dos direitos fundamentais. Em alguns casos, no entanto, a imagem parece ser desmentida justamente em virtude do modo como alguns direitos adquirem conteúdo concreto. Há três tipos principais de situações em que a concretização dos direitos fundamentais parece estar em contradição com a imagem dos “trunfos”.

1. O delineamento dos direitos pela legislação. Os contornos normativos mais concretos dos direitos fundamentais frequentemente são determinados pela legislação. O exercício da liberdade de expressão por um grupo de manifestantes pode, por exemplo, sujeitar-se a limites legais quanto ao local e ao horário para a manifestação. Como é possível dizer que os direitos fundamentais são absolutos se o seu conteúdo específico pode ser determinado pelas leis?

2. A especificação dos direitos mediante o apelo a razões de política

¹⁹² “Are rights absolute? One possible response is to say, in the phrase of philosopher Ronald Dworkin, that rights are trumps. Rights have absolute priority over all other considerations, just as any card in the trump suit takes the trick over every card in the other suits.” (Edmundson, 2004: 145).

pública. Vimos, anteriormente, que um elemento importante para a compreensão dos direitos fundamentais como “trunfos” é a contraposição entre princípios e políticas públicas. Há casos, porém, em que a especificação dos direitos parece exigir justamente o apelo a razões deste último tipo¹⁹³. Os chamados “direitos sociais” (direitos a saúde, educação, moradia, etc.), por exemplo, parecem ter por conteúdo específico a utilidade ou o bem-estar geral. Há também o caso dos direitos criados pela legislação com o propósito específico de promover certos interesses coletivos (dentre outros, a criação de subsídios para alguns setores da economia com o objetivo de estimular o crescimento do PIB). Outro exemplo, ainda, é o dos direitos definidos em lei com o uso de expressões como “razoável”, “ordem pública”, “bons costumes” etc., que parecem remeter o conteúdo desses direitos aos interesses gerais da comunidade¹⁹⁴. Existem, por fim, casos de direitos especificados pelos tribunais por referência às condições políticas, sociais ou econômicas presentes no momento do julgamento, como se a posterior alteração das referidas condições, independentemente de qualquer modificação legislativa, pudesse fazer desaparecer direitos antes reconhecidos¹⁹⁵. Como é possível que os

¹⁹³ Os exemplos a seguir refletem, na essência, as críticas formuladas por Kent Greenawalt à distinção entre princípios e políticas públicas (Greenawalt, 1977).

¹⁹⁴ Um exemplo, no Brasil, seria a legislação que regula os casos de liberdade provisória. A Constituição Federal de 1998 garante aos investigados e réus em procedimentos criminais o direito à liberdade provisória nos termos da lei (art. 5º, inciso LXVI). O art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal atribui ao preso em flagrante delito o direito à liberdade provisória quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Dentre esses requisitos, o juiz deve levar em consideração a necessidade da prisão para a garantia da “ordem pública” ou da “ordem econômica”.

¹⁹⁵ No Brasil, houve casos em que a jurisprudência deixou de aplicar direitos previstos constitucionalmente em virtude do que se convencionou chamar de “princípio da reserva do possível”, expressão normalmente empregada para aludir à existência de verbas orçamentárias suficientes para atender ao direito invocado. Esse posicionamento jurisprudencial parece indicar que, fosse outra a situação financeira do país, o direito seria reconhecido. Veja RMS 28.962/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/8/2009, DJe 3/9/2009, LEXSTJ vol. 242 p. 55, em cuja ementa se lê: “O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos”. Houve casos, porém, em que o posicionamento da jurisprudência pareceu seguir o sentido contrário. Veja REsp 1051023/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe

direitos fundamentais sejam invocados para afastar razões de política pública se algumas vezes razões desse tipo parecem necessárias para a especificação dos direitos?

3. Conflito entre direitos. Os direitos fundamentais frequentemente parecem estar em conflito uns com os outros. É razoável supor, por exemplo, que exista um conflito entre o direito à vida e o direito de propriedade quando a lei autoriza a destruição de um bem para evitar a morte de uma pessoa ou quando o proprietário de um imóvel, para defender a sua posse, emprega desforço imediato e proporcional que leva à morte do agressor¹⁹⁶. A autorização conferida por lei à mulher para interromper a gravidez em caso de estupro pode ser interpretada como um conflito entre os direitos à liberdade e à vida. Se um repórter divulga um escândalo sobre a vida pessoal de um político, pode-se entender que o exercício da liberdade de expressão do repórter esteja em conflito com os direitos de personalidade do político. Os exemplos poderiam se multiplicar. O importante é notar a dificuldade. Em todos os casos, há o aparente sacrifício de um dos direitos em conflito em favor do outro. Como um direito pode ser absoluto se pode ser suprimido?

Esses exemplos remetem a uma certa imagem sobre o modo como os direitos são especificados. É como se os direitos tivessem de ser sopesados em relação ao interesse público ou coletivo, nos casos (1) e (2), ou em relação a outros direitos, no caso (3), antes de adquirirem verdadeira eficácia no caso concreto.

1/12/2008, em cuja ementa se lê: “O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por atos dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos”.

¹⁹⁶ Veja art. 1210, § 1º, do Código Civil brasileiro.

Conforme observa Jeremy Waldron, essa imagem contrasta fortemente com a imagem dos trunfos:

Trumping contrasts with balancing: we choose trumping where balancing analysis would for some reason be inappropriate. That is exactly the case with Dworkin's (...) view [of rights as constraints on the kinds of reasons that government may legitimately act upon]. Rights are made trumps over general utility only because the way to establish that a right exists is to show (i) that utilitarian or majoritarian arguments in a given area are likely to have been corrupted by the wrong sort of reasons and (ii) that it is impossible to disentangle those reasons from whatever respectable reasons utilitarian or majoritarian argument may also comprise. Once we have shown i and ii, then we may not appeal back to utilitarian or majoritarian case to counterbalance the right: to allow such an appeal would be to give force to a corrupt argument against the very consideration that was introduced to offset the corruption. (...) [T]he idea is that certain reasons are to be excluded from politics, and the term 'trumps' simply expresses a determination not to let such excluded reasons back¹⁹⁷.

O modelo do sopesamento apoia-se na tese de que os direitos fundamentais não são absolutos. Há, todavia, uma ambiguidade nessa tese. Ela significa, por vezes, que os direitos abstratamente enunciados precisam ser especificados e que isso envolve refinar o conteúdo desses direitos no caso concreto. Quando entendida nesse sentido, a tese somente se aplica aos direitos abstratos¹⁹⁸. Assim, nos casos exemplificados em (1), existe de fato um conflito entre direitos, mas somente porque se trata de direitos abstratos; tão logo os referidos direitos são especificados, cessa o conflito: o direito de propriedade não se aplica nos casos de risco à vida; o direito à vida não se aplica nos casos em que o desforço imediato e proporcional contra a violação da posse torna necessário matar, ou quando a mulher decide interromper a gravidez em caso de estupro; o direito à honra não protege a vida privada de um político contra a divulgação de escândalos

¹⁹⁷ Waldron, 2000: 303.

¹⁹⁸ Dworkin menciona a ambiguidade ao tratar dos direitos humanos, mas as observações aplicam-se também aos direitos fundamentais: "There is an important ambiguity in the claim that human rights are not absolute, however. Sometimes it means that the description of a right in some document or in a common phrase is only an abstraction and must be refined before we know exactly what it means in concrete circumstances. We say that freedom of speech is a human right, but no one thinks that anyone's human rights are violated by reasonable restrictions placed on the time and place of demonstrations and parades. (...) That is, once we have a careful account of exactly what the human right in question really is, we no longer find it embarrassing to claim that right as absolute, to say that it brooks no violation." (*IDPH*: 49)

com relevância política.

Em um outro sentido, a tese de que os direitos fundamentais não são absolutos pode significar simplesmente que esses direitos devem por vezes ceder em casos de grave emergência¹⁹⁹. A tese, nesse sentido, não contradiz a imagem dos “trunfos”; apenas a confirma e reforça ao tornar manifesto que a supressão de direitos fundamentais não é um fato corriqueiro da vida política, mas algo que só pode ocorrer excepcionalmente. O modelo do sopesamento não se presta, portanto, à especificação dos direitos. A tese em que o modelo se apoia, quando suprimida a ambiguidade acima identificada, converte-se em uma trivialidade: os direitos fundamentais, quando abstratamente considerados, não são absolutos; nada diz acerca do que são os direitos fundamentais concretos.

O caso mencionado em (1) apenas exemplifica o processo de institucionalização dos direitos fundamentais, isto é, descreve uma das formas (a legislação) pelas quais os direitos fundamentais de fundo podem ser concretamente interpretados pelas autoridades de uma comunidade política. Não se trata, portanto, de uma ameaça efetiva à teoria de Dworkin, mas de um de seus corolários.

Os casos mencionados em (2) também não oferecem dificuldades reais à teoria de Dworkin, desde que se distinga claramente entre os direitos como razões e as razões oferecidas para sustentar a existência de um direito concreto²⁰⁰. No primeiro caso, fala-se em um direito existente; no segundo, na teoria que justifica a existência desse direito. A elaboração de uma teoria desse tipo pode incluir

¹⁹⁹ “Sometimes, however, the claim that even human rights are not absolute means something more dramatic and more pertinent: that in a sufficiently grave emergency, a government is justified in violating even the most basic and fundamental human rights even after these have been precisely stated.” (*Ibidem*).

²⁰⁰ As respostas diretas de Ronald Dworkin às críticas de Greenawalt encontram-se em *TRS*: 294-330 e Dworkin, 1977(2): 263-268. Também são importantes as considerações do filósofo sobre as diferenças entre princípios e políticas públicas em *TRS*: 90-100.

considerações de toda espécie, inclusive sobre o bem-estar geral e sobre os efeitos maléficos ou benéficos do reconhecimento de certos direitos para a comunidade como um todo. O importante é observar que, uma vez formulada a teoria, aquilo que ela propuser como direitos somente constituirá direitos genuínos se eles funcionarem como princípios de justiça na forma explicada por Dworkin, isto é, se puderem ser invocados para obstar razões de política pública.

Um exemplo extraído de *Taking Rights Seriously* é especialmente esclarecedor a respeito da distinção apontada acima:

Consider a paradigm nuisance problem. A's property adjoins B's; B operates a factory on his property and the resulting pollution spoils A's enjoyment of his own property. Suppose A takes himself to the legislature and asks for a statute prohibiting persons in the position of B from polluting in the way B does, at least unless those in the position of A request. A might make two different sorts of arguments supporting his request. He might say, first, that he has, all things considered, a right to enjoy his property free from such pollution. That would be an argument of principle, an argument that appeals to rights as a justification for a political decision that enforces or protects those rights. Or he might say that the community as a whole will be better off (because its air will be cleaner) if activities like those of B are prohibited or at least made to pay their way by purchasing the consent of those most immediately affected. That would be an argument of policy, an argument that appeals to some collective goal of the community to justify a political decision that advances or protects that goal.

Suppose that A makes and is asked to defend a claim of principle, that he has a right that B not use B's own property in the way B has. A's argument might be innocent of any appeal to further consequences of B's being allowed to pollute the air. He might say, for instance, that people who buy property in the area in question do so with the understanding, confirmed by convention, that they will be able to breathe entirely uncontaminated air thereon, and that his right arises solely from that general understanding. But on the other hand A might make a more consequentialist argument. He might say, for example, that the pollution of the air will injure his and his family's health, and that his right arises from the fact that B's action threatens an especially vital interest which A has a right to have protected by society. A appeals in this way to the consequences of B's act as an argument that A has a right that that act not take place. This appeal to consequences does not, of course, convert his original argument into an argument of policy. If we thought it did, then we should be making the mistake of supposing that because arguments of policy direct our attention to the consequences of having or not having a particular rule, an argument that directs our attention to consequences must be an argument of policy²⁰¹.

²⁰¹ TRS: 294-295.

Merece atenção especial o caso dos direitos criados pela legislação por razões de política pública. Nesse sentido, a explicação acima poderia parecer insuficiente, porque os direitos previstos na legislação não expressam exigência de justiça, mas são apenas instrumentos para a promoção da utilidade geral. Os subsídios outorgados por lei a um certo ramo da indústria, por exemplo, não decorrem do ideal de igual consideração e respeito, mas, possivelmente, da necessidade de fortalecer aquele ramo industrial para o benefício da economia nacional como um todo. Ora, os direitos criados pela legislação são, nesse caso, direitos genuínos, mas não parecem expressar propriamente princípios de justiça.

Essa aparente dificuldade exige uma nova distinção, nesse caso entre as razões que *justificaram* a decisão legislativa e as razões *decorrentes* dessa decisão. Os direitos previstos na legislação para implementar uma política econômica, por exemplo, embora criados por razões de política pública, passam a existir, dali em diante, como princípios. Tais direitos não são, evidentemente, direitos fundamentais, porque não correspondem a direitos morais de fundo. Não obstante, são direitos legais genuínos, porque, enquanto em vigor, podem ser invocados como “trunfos” contra o interesse geral. Convém transcrever um exemplo dado por Dworkin para ilustrar essa possibilidade:

*A law awarding farmers a subsidy for not growing corn, for instance, creates a legal right that matches no prior political right. That legal right is nevertheless itself a political right with the power of a trump: a court must order the government to pay a subsidy stipulated by law if for some reason withholding it from a particular farmer would be in the general interest*²⁰².

²⁰² JH: 331-332.

4. SÍNTESE PARCIAL

As seguintes proposições e o esquema ilustrativo que lhes segue sintetizam o que dissemos neste Capítulo e nos anteriores a respeito da natureza dos direitos fundamentais e de sua relação com a lei e a jurisdição:

1) a teoria dworkiniana oferece uma abordagem substantiva dos direitos fundamentais, na medida em que tenciona mostrar quais interesses individuais correspondem aos referidos direitos;

2) os direitos fundamentais, para Dworkin, são “trunfos” que os indivíduos detêm sobre os interesses coletivos. A metáfora dos “trunfos” expressa a prevalência do justo sobre o útil. Os referidos direitos devem, por isso, ser compreendidos como razões de justiça ou “princípios” que prevalecem sobre a utilidade geral;

3) os direitos fundamentais são direitos legais que expressam a dignidade humana entendida como “igualdade de consideração e respeito” e correspondem, por conseguinte, a direitos morais de fundo;

4) a legitimidade do sistema jurídico varia de acordo com o grau de responsabilidade com que as autoridades buscam concretizar na lei os referidos direitos morais;

5) somente são direitos fundamentais genuínos os que sejam reivindicáveis em juízo;

6) os direitos fundamentais adquirem conteúdo concreto e podem, por

isso, ser reivindicados em juízo, por meio de uma teoria explicativa do modo pelo qual decorrem dos direitos abstratos. É nesse sentido que os direitos concretos são “concepções” dos direitos abstratos.

5. Direitos fundamentais, imoralidade e desobediência civil

Das quatro questões inicialmente formuladas a respeito do conceito de direitos fundamentais, já abordamos as três primeiras: a natureza dos direitos fundamentais; a sua relação com a lei; e o seu modo de especificação. Resta examinar a posição de Ronald Dworkin quanto à quarta questão, sobre as consequências que resultam da existência desses direitos. Dois são os tópicos relacionados a essa indagação final: (i) a relação entre os direitos fundamentais e a

imoralidade; e (ii) a relação entre os direitos fundamentais e a desobediência civil.

5.1. Direitos fundamentais e imoralidade

No Capítulo II, vimos que o método de análise exemplificado pela tese de Bentham é insuficiente para explicar a natureza dos direitos em geral. A questão exigiu, conforme acreditamos ter ficado evidente ao final do capítulo, uma abordagem “substantiva”. Não é a estrutura lógica que determina a natureza dos direitos, mas, ao contrário, é a natureza dos direitos, no sentido substantivo, que determina a sua estrutura lógica. Vimos, ainda, que os direitos fundamentais, na teoria de Ronald Dworkin, são princípios que funcionam como “trunfos” diante de políticas públicas. Podemos, então, perguntar: que estrutura hohfeldiana corresponde à concepção dos direitos fundamentais como trunfos?

A resposta, à primeira vista, parece um tanto óbvia: a estrutura dependerá do direito em questão. Primeiro é preciso formular uma concepção do direito fundamental específico que se pretende examinar para depois empreender a análise hohfeldiana desse direito. Observe-se, por exemplo, a diferença que existe entre o direito de propriedade e o direito fundamental à saúde. O primeiro, concebido como o poder de usar, gozar e dispor da coisa, é composto de quatro elementos hohfeldianos: (i) uma pretensão de que ninguém interfira na fruição do bem; (ii) uma permissão de usar e gozar do bem; (iii) o poder de dispor da pretensão e da permissão acima referidas mediante, por exemplo, a locação do bem ou a transferência da propriedade a um terceiro; e (iv) uma imunidade contra atos

legislativos que resultem na perda da pretensão, da permissão ou do poder acima referidos, salvo sob certas condições. O direito à saúde, por outro lado, contém apenas dois elementos hohfeldianos: (i) uma pretensão de obter tratamento ou medicamentos em caso de necessidade; e (ii) uma imunidade contra a supressão do direito por ato do governo ou do próprio titular.

Parece possível, todavia, identificar uma estrutura hohfeldiana comum a algumas categorias de direitos fundamentais. No que se refere ao assunto específico de que tratamos – as consequências resultantes da existência desses direitos –, é especialmente importante examinar a estrutura hohfeldiana das chamadas “liberdades clássicas”, tais como a liberdade de culto, a liberdade de expressão e a liberdade de locomoção. Quando falamos em uma estrutura comum a essas liberdades, tratamos, evidentemente, de uma estrutura mínima ou nuclear, sem descartar a possibilidade de que alguns elementos adicionais se apresentem em cada uma dessas liberdades quando especificamente consideradas.

À primeira vista, parece possível identificar nas liberdades clássicas quatro elementos hohfeldianos nucleares²⁰³: (i) a pretensão de *não* sofrer interferência ao praticar o ato correspondente ao objeto do direito (chamaremos esse ato, doravante, de “ato X”); (ii) a pretensão de *não* sofrer interferência ao *deixar* de praticar o ato X; (iii) a liberdade de praticar o ato X; e (iv) a liberdade de não praticar o ato X. Os elementos “iii” e “iv” constituem, em conjunto, uma “dupla permissão” e podem, por isso, ser referidos como uma “opção”. Uma vez que falamos em direitos morais, a opção significa que não é moralmente proibido praticar ou deixar de

²⁰³ Seguimos, nessa parte, a exposição de William A. Edmundson (Edmundson, 2004: 133-139). A exposição de Edmundson sintetiza o debate entre Jeremy Waldron e William A. Galston na revista *Ethics* (veja Waldron, 1981 e 1983; e Galston, 1983). O tema também é tratado no Capítulo 4 de *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, de Robert P. George (veja George, 1993: 110-128).

praticar o ato X. Isso quer dizer que o ato X ou é moralmente permitido ou é moralmente indiferente.

O modelo parece funcionar muito bem quando aplicado, por exemplo, ao direito de locomoção: ter o direito de dobrar à esquerda ou à direita para chegar a um determinado destino (desde que os dois caminhos sejam moral e juridicamente permitidos) significa, de fato, ter a opção entre as duas alternativas e não estar sujeito à interferência alheia no exercício dessa opção. Mas a ideia de “opção”, definida como uma dupla permissão hohfeldiana, parece estar em desacordo com um aspecto importante dos direitos fundamentais. Em *Taking Rights Seriously*, Dworkin reconhece que uma liberdade clássica, para ser um direito genuíno, deve conferir a seu titular uma pretensão de não interferência. O filósofo norte-americano acredita, no entanto, que a ideia de não interferência só é moralmente significativa nos casos em que não existe a opção moral de que falamos acima. Com efeito, uma vez que ninguém teria legitimidade para interferir com a prática de condutas moralmente permitidas, pareceria redundante falar em pretensão de não interferência nesses casos. De outro lado, a noção de direitos fundamentais pareceria perder importância se tais direitos existissem apenas para tutelar condutas moralmente irrelevantes. Para que a pretensão expressa pelos direitos fundamentais seja realmente importante, a liberdade clássica deve amparar também a prática de condutas imorais²⁰⁴. No vocabulário de Dworkin, os direitos genuínos, que incluem a liberdade de praticar condutas imorais, são direitos em “sentido forte”. Dizemos que uma pessoa tem o direito de gastar o seu dinheiro como quiser justamente porque

²⁰⁴ Edmundson, 2004: 134.

admitimos que ela possa fazê-lo mesmo que perca tudo “nos cavalos”²⁰⁵.

Jeremy Waldron defende a mesma tese no ensaio *A Right to Do Wrong*. A existência de um direito moral, segundo ele, justifica-se precisamente pela importância que o poder de escolha adquire em certos casos. Poder escolher entre o certo e o errado é uma condição necessária para a autoconstituição da personalidade individual e para a integridade pessoal. Essa justificativa guarda paralelo com a tese dworkiniana de que os direitos fundamentais apoiam-se, em última análise, na dignidade humana, sob a forma do ideal de igualdade de consideração e respeito²⁰⁶. Se apenas as ações moralmente corretas ou moralmente indiferentes pudessem ser objeto dos direitos morais, não haveria razão para a existência desses direitos; a noção de deveres daria conta do recado²⁰⁷.

²⁰⁵ “In most cases when we say that someone has a ‘right’ to do something, we imply that it would be wrong to interfere with his doing it, or at least that some special grounds are needed for justifying any interference. I use this strong sense of right when I say that you have the right to spend your money gambling, if you wish, though you ought to spend it in a more worthwhile way. I mean that it would be wrong for anyone to interfere with you even though you propose to spend your money in a way that I think is wrong.” (TRS: 188). A mesma tese é defendida em *Do We have a Right to Pornography?* (MP: 335-372).

²⁰⁶ “The institution of rights against the Government is not a gift of God, or an ancient ritual, or a national sport. It is a complex and troublesome practice that makes the Government’s job of securing the general benefit more difficult and more expensive, and it would be a frivolous and wrongful practice unless it served some point. Anyone who professes them, must have some sense of what that point is. He must accept, at the minimum, one or both of two important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity. This idea, associated with Kant, but defended by philosophers of different schools, supposes that there are ways of treating a man that are inconsistent with recognizing him as a full member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust. The second is the more familiar idea of political equality. This supposes that the weaker members of a political community are entitled to the same concern and respect of their government as the more powerful members have secured for themselves, so that if some men have freedom of decision whatever the effect on the general good, then all men have the same freedom.” (TRS: 198-199). As noções de dignidade humana e igualdade ainda aparecem nesse texto como ideais distintos. Em textos posteriores, conforme vimos anteriormente, elas passarão a ser compreendidas pelo filósofo norte-americano como as duas faces de um mesmo ideal: a igualdade de consideração e respeito é apenas a dignidade aplicada à esfera da moralidade política.

²⁰⁷ “So what is defended or contested when a general right is in dispute is the claim that choice within a certain range is not to be interfered with. This claim in turn is usually defended on the basis of the importance of the choices in the range in question for the lives of the individuals who are making them. In the ranges of action to which a theory of rights drives attention, individual choices are seen as crucial to personal integrity. To make a decision in these areas is, in some sense, to decide what person one is to be. (...) there are certain types of choice, certain key areas of decision making, which have a special importance for individual integrity and self-constitution.” (Waldron, 1983: 34). “Thus, if we (...) allowed only right and indifferent acts to figure as the subject of rights, then the right actions

As liberdades clássicas têm essa característica peculiar porque são proteções especiais conferidas a indivíduos ou minorias contra uma possível atitude opressiva da maioria:

*The institution of rights is therefore crucial, because it represents the majority's promise to the minorities that their dignity and equality will be respected. When the divisions among the groups are most violent, then this gesture, if law is to work, must be most sincere*²⁰⁸.

Essa é uma outra característica importante do conceito de direitos fundamentais que Dworkin pretende captar com a imagem dos “trunfos”. A moralidade, segundo tal visão, identifica-se com a opinião da maioria sobre o certo e o errado. O filósofo norte-americano segue, nesse aspecto, as teses de John Stuart Mill em *On Liberty*. Para Mill, com efeito, a opinião coletiva nada mais é do que “a opinião de algumas pessoas sobre o que é bom ou mau para outras pessoas”²⁰⁹. O tema da liberdade guarda, por isso, relação com a natureza e os limites “do poder que a sociedade legitimamente exerça sobre o indivíduo”²¹⁰, e a liberdade individual funciona como “um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual”²¹¹.

Como é possível compatibilizar a noção de moralidade, entendida na forma acima explicada, com a tese dworkiniana, apresentada brevemente na Introdução, de que as proposições morais têm valor objetivo? Em *Law's Empire*, Dworkin traça uma distinção entre dois tipos de consenso: “consenso de convenção”

would soon start to dominate. And to the extent the right actions became the dominant subject matter of rights, then rights would lose what we have regarded up to now as their crucial link with the notions of choice and alternatives. One might have the right to do the right thing in given circumstances, but only at the cost of not having the right to do anything else in those circumstances. Rights would become what they are at times for Locke – merely the duties of the right-bearer perceived from a subjective point of view.” (Idem: 35).

²⁰⁸ **TRS**: 205.

²⁰⁹ Mill, 1991: 126.

²¹⁰ *Idem*: 45.

²¹¹ *Idem*: 49.

e “consenso de convicção”²¹². Há um consenso de convenção quando uma afirmação qualquer, em si mesma arbitrária, é considerada verdadeira pela opinião geral das pessoas apenas em virtude do fato de que todos a aceitam como tal por convenção. Exemplos dessa espécie de consenso seriam as regras do jogo de xadrez. De outro lado, existe um consenso de convicções quando uma proposição é considerada verdadeira pela opinião geral porque cada indivíduo isoladamente está convencido de sua veracidade. Em outras palavras: no consenso de convenção, a proposição é verdadeira em virtude de um acordo; no consenso de convicções, ao contrário, é o acordo que se explica pelo reconhecimento de que a proposição é verdadeira. Quando a “opinião geral” é compreendida como um “consenso de convicções”, a ideia de direitos “em sentido forte” torna-se imediatamente compatível com a tese da objetividade dos juízos morais.

Essa explicação sugere, todavia, um segundo problema. Se a moralidade é, de fato, objetiva, então a minoria que se contrapõe à opinião geral não pode afirmar que esteja sendo verdadeiramente oprimida. As liberdades clássicas seriam mais bem entendidas não como direitos em “sentido forte”, mas como proteções contra eventuais atitudes imorais da maioria. Essa não é, contudo, uma dificuldade insuperável para teoria dworkiniana. Um dos aspectos da dignidade, conforme vimos anteriormente, é a autenticidade, isto é, a responsabilidade que cada indivíduo tem por formular sua própria concepção do sentido ético de sua vida. Os direitos em “sentido forte” poderiam ser compreendidos como proteções especiais conferidas a esse aspecto da dignidade humana. A igualdade de consideração e respeito exigiria, em outras palavras, admitir que os indivíduos possam ter opiniões divergentes sobre o que é moral ou imoral. Desse modo, as

²¹² **LE**: 136.

liberdades clássicas envolveriam o direito a praticar imoralidades desde que o titular do direito acreditasse honestamente na moralidade de sua conduta. Nesse caso, entretanto, seria preciso aceitar a ideia de que o direito se extinguiria tão logo o seu titular (i) se desse conta da imoralidade de sua conduta ou (ii) agisse de modo negligente em relação à sua própria integridade moral. Refoge do escopo deste trabalho discutir se essas características estão de fato presentes no modo como normalmente compreendemos os direitos fundamentais. Cumpre-nos apenas destacar que elas são, no nosso entender, decorrência direta e incontornável da teoria dworkiniana.

5.2. Direitos fundamentais e desobediência civil

Os direitos fundamentais, entendidos no “sentido forte” acima explicado, são reivindicáveis, como visto, mesmo quando o seu exercício resulte em uma imoralidade. Além dessa consequência, os direitos em sentido forte têm um outro efeito relevante: não pode haver interferência no exercício desses direitos com o propósito de promover o interesse geral da sociedade. Isso significa que a autoridade política não pode limitar ou abolir direitos fundamentais por razões de política pública. A legislação editada nesses termos é ilegítima e pode ser desobedecida²¹³.

²¹³ “In our society a man does sometimes have the right, in the strong sense, to disobey a law. He has that right whenever that law wrongly invades his rights against the Government. If he has a moral right to free speech, that is, then he has a moral right to break any law that the Government, by virtue of his right, had no right to adopt. The right to disobey the law is not a separate right, having something to do with conscience, additional to other rights against the Government. It is simply a feature of these rights

Dworkin admite, entretanto, que a interpretação dos conceitos morais é uma tarefa difícil e que as concepções elaboradas por pessoas diferentes são sempre controvertidas e potencialmente conflitantes. Alcançar a melhor concepção de um conceito moral exigiria uma teoria da moralidade que abrangesse todas as convicções sinceras do intérprete em uma “rede” absolutamente coerente. Trata-se de um ideal que não se realiza nas condições da vida ordinária.

É possível exigir do intérprete apenas que tenha uma *atitude* responsável na busca desse ideal. É precisamente essa atitude, como vimos, que permite distinguir entre legitimidade e justiça. A autoridade política tem legitimidade quando age com integridade, isto é, quando procura realizar responsavelmente o ideal de justiça, ainda que a sua concepção desse ideal seja, em si mesma, defeituosa. A obrigação da comunidade política consiste principalmente em demonstrar essa atitude, não tanto em alcançar um resultado, embora o resultado alcançado conte também como um sinal da atitude²¹⁴.

Dworkin distingue a integridade legislativa da integridade judiciária. A integridade legislativa diz respeito ao modo como o legislador deve agir ao ampliar ou alterar os padrões públicos de conduta em vigor na comunidade política²¹⁵. Aplicada aos direitos fundamentais, essa forma de integridade resulta, para o legislador, na obrigação de (i) não restringir ou suprimir um direito reconhecido, senão pelas mesmas razões de justiça que levaram a seu reconhecimento; e (ii) não restringir um direito ampliado apenas porque a ampliação resulte em custo adicional

against the Government, and it cannot be denied in principle without denying that any such rights exist.” (TRS: 192).

²¹⁴“If we cannot insist that the Government reach the right answers about the rights of the citizens, we can insist at least that it try. We can insist that it take rights seriously, follow a coherent theory of what these rights are, and act consistently with its own professions.” (TRS: 186).

²¹⁵“I distinguished two branches or forms of integrity by listing two principles: integrity in legislation and integrity in adjudication. The first restricts what our legislators and other lawmakers may properly do in expanding or changing our public standards.” (LE: 217).

para a sociedade, salvo quando (a) os valores protegidos pelo direito original não estejam realmente em jogo nos casos cobertos pela ampliação ou estejam em jogo apenas de forma muito atenuada; (b) a ampliação represente limitação indevida de um outro direito; ou (c) o custo da ampliação for demasiadamente desproporcional ao custo representado pelo direito original²¹⁶.

A integridade judiciária, por seu turno, exige que os julgadores tratem os padrões de conduta em vigor em sua comunidade política, tanto quanto possível, como expressões de um conjunto coerente de princípios, de forma a não apenas aplicar os padrões explicitamente reconhecidos no passado, mas também extrair dos princípios que eles expressam os padrões implícitos que lhes são subjacentes²¹⁷. Logo, cabe aos juízes reconhecer tanto os direitos fundamentais explicitamente previstos na legislação, quanto os implícitos, decorrentes do sistema jurídico em sua totalidade²¹⁸ e cuidar para que os padrões de conduta incoerentes com o sistema não sejam aplicados. Disso decorrem as duas características

²¹⁶ “(...) [O]nce a right is recognized in clear-cut cases, then the Government should act to cut off that right only when some compelling reason is presented, some reason that is consistent with the suppositions on which the original right must be based. (...) How can we show that a particular cost is not worth paying without taking back the initial recognition of a right? I can think of only three sorts of grounds that can consistently be used to limit the definition of a particular right. First, the Government might show that the values protected by the original right are not really at stake in the marginal case, or are at stake only in some attenuated form. Second, it might show that if the right is defined to include the marginal case, then some competing right, in the strong sense I described earlier, would be abridged. Third, it might show that if the right were so defined, then the cost to society would not be simply incremental, but would be of a degree far beyond the cost paid to grant the original right, a degree great enough to justify whatever assault on dignity or equality might be involved.” (TRS: 200).

²¹⁷ “[Integrity in adjudication] requires our judges, so far as this is possible, to treat our present system of public standards as expressing and respecting a coherent set of principles, and, to that end, to interpret these standards to find implicit standards between and beneath the explicit ones.” (LE: 217).

²¹⁸ A experiência constitucional norte-americana há muito convive com a noção de direitos fundamentais implícitos ou “não enumerados” (*unenumerated rights*) em virtude do texto da 9ª Emenda: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. A ideia de direitos fundamentais implícitos é antiga também na história constitucional republicana brasileira. O art. 5º, 2º, da Constituição Federal de 1988 estabelece: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Disposições semelhantes encontram-se no art. 150, § 35 da Constituição de 1967 e art. 153, § 36, da Emenda n.º 1 de 1969, no art. 144 da Constituição de 1946, no art. 123 da Constituição de 1937, no art. 114 da Constituição de 1934 e no art. 78 da Constituição de 1891.

essenciais dos direitos fundamentais que apontamos na Introdução: (i) são legalmente postuláveis, independentemente de previsão explícita na legislação; e (ii) servem de crivo para a avaliação da constitucionalidade das leis.

Os cidadãos, para Dworkin, também devem confiar em seu próprio juízo sincero e responsável sobre o conteúdo dos direitos fundamentais e da lei²¹⁹. Por essa razão, a concepção dworkiniana da lei como integridade resulta em uma espécie de “protestantismo jurídico”:

It is an interpretive, self-reflective attitude addressed to politics in the broadest sense. It is a protestant attitude that makes each citizen responsible for imagining what his society's public commitments to principle are, and what these commitments require in new circumstances. The protestant character of law is confirmed, and the creative role of private decisions acknowledged, by the backward-looking, judgmental nature of judicial decisions, and also by the regulative assumption that though judges must have the last word, their word is not for that reason the best word²²⁰.

Esse protestantismo jurídico tem importantes consequências para o tema da desobediência civil. Dworkin tratou do assunto principalmente nos ensaios *Taking Rights Seriously* (Capítulo 7 de **TRS**), *Civil Disobedience* (Capítulo 8 de **TRS**) e *Civil Disobedience and Nuclear Protest* (Capítulo 4 de **MP**), os quais serão aqui abordados em conjunto, porque expressam essencialmente a mesma teoria, apenas a partir de diferentes perspectivas e níveis de detalhamento.

O exame do problema pressupõe a distinção inicial entre duas questões. A primeira refere-se ao modo como os cidadãos podem legitimamente comportar-se diante da lei se a creem equivocada ou imoral. A segunda diz respeito

²¹⁹ “A citizen’s allegiance is to the law, not to any particular person’s view of what the law is, and he does not behave unfairly so long as he proceeds on his own considered and reasonable view of what the law requires.” (**TRS**: 214). “When the law is uncertain, in the sense that a plausible case can be made on both sides, then a citizen who follows his own judgment is not behaving unfairly. Our practices permit and encourage him to follow his own judgment in such cases.” (**TRS**: 215).

²²⁰ **LE**: 413.

ao modo como as autoridades devem reagir aos atos de desobediência civil²²¹.

Começamos por examinar a primeira questão.

É possível distinguir entre três tipos de desobediência civil, conforme a violação da lei se dê por razões de integridade (*integrity-based*), de justiça (*justice-based*), ou de política pública (*policy-based*)²²². A violação da lei acontece por razões de integridade quando a recusa do cidadão em cumpri-la se deve ao fato de que, no seu entender, ela o *obriga* a praticar um ato imoral. Dworkin cita como exemplo o alistamento militar obrigatório no caso de guerra injusta. A desobediência civil por razões de justiça se dá quando a violação da lei tem por finalidade servir de protesto contra o não reconhecimento de direitos morais. A lei, nesse caso, não obriga propriamente os cidadãos a praticarem um ato imoral; apenas deixa de lhes reconhecer certos direitos morais. Algumas formas de protesto adotadas durante o chamado “Movimento dos Direitos Civis” nos Estados Unidos são exemplos dessa espécie de desobediência civil. Finalmente, ocorre a desobediência civil por razões de política pública quando a lei é atacada não por ser imoral ou injusta, mas por desatender aos interesses da maioria da população. Um exemplo dessa espécie é a desobediência civil praticada apenas para forçar o abandono de uma política econômica equivocada.

Os casos de violação da lei por razões de justiça e política pública podem ser, ainda, subdivididos em dois tipos, conforme os meios de protesto adotados: persuasivos e não persuasivos. No primeiro caso, a desobediência tem

²²¹ “We must ask two different questions and insist on their independence. The first is this: What is the right thing for people to do given their convictions, that is, the right thing for people who believe that a political decision is wrong or immoral in a certain way? The second is: How should the government react if people do break the law when that is, given their convictions, the right thing to do, but the majority the government represents still thinks the law is sound?” (MP: 106).

²²² MP: 107.

por finalidade forçar a maioria da população a ouvir os argumentos da minoria, de modo a convencê-la a mudar o programa governamental considerado injusto ou inconveniente; no segundo caso, o que se pretende é aumentar o custo do referido programa governamental de tal sorte a forçar o seu abandono²²³.

Os casos de desobediência civil podem ser dispostos na seguinte ordem decrescente de legitimidade:

- 1) desobediência por razões de integridade;
- 2) desobediência por razões de justiça com meios persuasivos;
- 3) desobediência por razões de política pública com meios persuasivos²²⁴;
- 4) desobediência por razões de justiça com meios não-persuasivos;
- 5) desobediência por razões de política pública com meios não-persuasivos;

À medida que se avança na escala, torna-se necessária a satisfação de um número progressivamente maior de condições para a justificação do ato de desobediência. A violação da lei por razões de integridade, por exemplo, em

²²³ **MP**: 109-110.

²²⁴ Há uma razão para inserir a desobediência civil por razões de política públicas com meios persuasivos entre as duas espécies de desobediência civil por razões de justiça. É que Dworkin considera existir uma certa afinidade moral entre as duas formas de desobediência civil que adotam estratégias persuasivas: "*Civil disobedience, in all its various forms and strategies, has a stormy and complex relationship with majority rule. It does not reject the principle entirely, as a radical revolutionary might; civil disobedients remain democrats at heart. (...) Persuasive strategies, whether they figure in justice-based or policy-based disobedience, have a considerable advantage here. For someone whose goal is to persuade the majority to change its mind, by accepting arguments he believes are sound arguments, plainly does not challenge the principle of majority rule in any fundamental way. (...) Nonpersuasive strategies lack this explanation, and that is why, particularly in a democracy, they are always inferior from a moral point of view.*" (**MP**: 110-111). Além disso, são claramente muito mais estritas as condições impostas por Dworkin à desobediência civil por razões de justiça com meios não-persuasivos.

primeiro lugar na escala, é geralmente considerada legítima sem maiores restrições, salvo apenas o uso de violência e práticas terroristas (1ª Condição)²²⁵.

Já a desobediência civil por razões de justiça exige, além da 1ª Condição, o prévio exaurimento dos meios políticos ordinários (2ª Condição) e a adequação das medidas adotadas aos fins desejados (3ª Condição)²²⁶. Se os meios utilizados são não persuasivos, então exige-se, afora as três condições citadas, que os manifestantes considerem o programa governamental atacado como profundamente injusto (4ª Condição), que não haja meios persuasivos eficazes (5ª Condição), e que o uso dos meios não persuasivos apresente alta probabilidade de sucesso (6ª Condição)²²⁷.

A violação da lei por razões de política pública somente se justifica nos casos em que são empregados meios persuasivos (e, portanto, desde que atendidas as três primeiras condições acima enunciadas). A adoção de meios não persuasivos, nesse caso, torna a violação da lei indefensável. Isso se deve à própria natureza das razões de política pública. Com efeito, conforme vimos no final do Capítulo II, as razões desse tipo dizem respeito ao interesse geral da sociedade, normalmente representado pelas preferências da maioria da população. Ora, em um governo legítimo (e esse é um pressuposto fundamental para falar-se em desobediência civil em vez de revolta), os instrumentos ordinários da política, sensíveis à opinião pública, costumam ser suficientes para expressar com alguma fidelidade o referido

²²⁵ **MP**: 108.

²²⁶ **MP**: 108-109.

²²⁷ *"If someone believes that a particular official program is deeply unjust, if the political process offers no realistic hope of reversing that program soon, if there is no possibility of effective persuasive civil disobedience, if nonviolent nonpersuasive techniques are available that hold out a reasonable prospect of success, if these techniques do not threaten to be counter productive, then the person does the right thing, given his convictions, to use those nonpersuasive means."* (**MP**: 110). Parece-nos que a segunda condição (sobre o processo político), assim como a última (não seja contraproducente) e parte da quarta (sobre o uso da violência) estão já integradas nas condições anteriormente citadas para as estratégias persuasivas.

interesse. Logo, se uma minoria de cidadãos, a pretexto de conhecer melhor o interesse geral, despreza os meios políticos ordinários por meio dos quais o referido interesse normalmente se expressa, é difícil conceber uma justificativa inteligível para a ação dessa minoria que não seja alguma forma de elitismo ou de paternalismo, ambos inaceitáveis diante das exigências da integridade²²⁸.

Essas considerações dizem respeito somente ao comportamento do cidadão. Resta verificar como as autoridades devem reagir aos atos de desobediência civil.

A legitimidade do ato de desobediência não confere aos cidadãos imunidade contra punição²²⁹. Atribuir a alguém o direito de violar a lei não equivale a afirmar que o titular do direito agiu corretamente. Essa é uma característica própria dos direitos em “sentido forte”²³⁰. As autoridades devem, entretanto, reconhecer a diferença entre a situação do criminoso comum e a situação do cidadão que viola a lei agindo com integridade²³¹ e avaliar, no momento de decidir sobre a punição, a gravidade e o grau de legitimidade do ato praticado²³².

Desse modo, nos casos de desobediência civil, os direitos em sentido

²²⁸ **MP**: 110-111, especialmente: “Someone who hopes not to persuade the majority to his point of view by forcing it to attend to his arguments, but rather to make it pay so heavily for its policy that it will give away without having been convinced, must appeal to some form of elitism or paternalism to justify what he does”.

²²⁹ **TRS**: 215-216.

²³⁰ “I must emphasize that all these propositions concern the strong sense of right, and they therefore leave open important questions about the right thing to do. If a man believes he has the right to break the law, he must then ask whether he does the right thing to exercise that right. He must remember that reasonable men can differ about whether he has a right against the Government, and therefore the right to break the law, that he thinks he has; and therefore that reasonable men can oppose him in good faith. He must take into account the various consequences his acts will have, whether they involve violence, and such other considerations as the context makes relevant; he must not go beyond the rights he can in good faith claim, to acts that violate the rights of others. On the other hand, if some official, like a prosecutor, believes that the citizen does not have the right to break the law, then he must ask whether he does the right thing to enforce it.” (**TRS**: 196).

²³¹ **TRS**: 215-216; **MP**: 105.

²³² **TRS**: 217-221; **MP**: 113-116.

forte expressam a tensão que existe entre aquilo que os cidadãos entendem lhes pertencer por justiça e aquilo que a lei lhes concede como direitos institucionais. Dworkin tenta captar melhor essa tensão, distinguindo entre os fundamentos e a força da lei. Os fundamentos da lei correspondem à concepção da lei em vigor na comunidade política; a força da lei, ao grau de respeito que a lei merece dos cidadãos e das próprias autoridades em situações concretas da vida ordinária. A desobediência civil é um tema que já não pertence mais propriamente aos fundamentos da lei mas à sua força²³³.

5.3. O critério distintivo dos direitos fundamentais

Com a discussão sobre a desobediência civil, encerramos a exposição das principais características da teoria dworkiniana dos direitos fundamentais. Estamos, portanto, habilitados a retornar à indagação que deixamos em aberto ao final do Capítulo II, qual seja: como é possível distinguir os direitos fundamentais de outros direitos com *status* constitucional?

²³³ “Our lawyers and citizens recognize a difference between the question what the law is and the question whether judges or any other official or citizen should enforce or obey the law. (...) A full political theory of law, then, includes at least two main parts: is speaks both to the grounds of law – circumstances in which particular propositions of law should be taken to be sound or true – and to the force of law – the relative power of any true proposition of law to justify coercion in different sorts of exceptional circumstance. These two parts must be mutually supportive. (...) Conceptions of law, which are theories about the grounds of law, commit us to no particular or concrete claims about how citizens should behave or judges should decide cases. (...) [A] theory about grounds, which in itself takes up no controversial position about the force of law, must nevertheless be political in a more general and diffuse way. It does not declare what a judge should do in any particular case; but unless it is a deeply skeptical conception it must be understood as saying what judges should do in principle, unless circumstances are special in the way just noticed. (...) Theories of civil disobedience, an more generally of the nature and scope of citizens’ duties to obey the law, are complementary to classical theories of law, because theories of civil disobedience are mainly about the force and hardly about grounds at all.” (LE: 109-113).

Os direitos fundamentais genuínos têm duas características essenciais:

(i) são direitos institucionais que expressam concepções sobre direitos morais de fundo; e (ii) são direitos em “sentido forte”. Ausente qualquer uma dessas características, não há direito fundamental, ainda que se trate de direito previsto em uma carta constitucional²³⁴.

6. Uma digressão. Dworkin e o Supremo Tribunal Federal brasileiro

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia²³⁵, e, desde 2004, espera-se o seu pronunciamento sobre a existência e os limites do direito da gestante de realizar o aborto de um feto anencéfalo²³⁶. Nesta seção, trataremos dessas discussões à luz da teoria dos

²³⁴ “I said that in the United States citizens are supposed to have certain fundamental rights against their Government, certain moral rights made into legal rights by the Constitution. If this idea is significant, and worth bragging about, then these rights must be rights in the strong sense I just described. The claim that citizens have a right of free speech must imply that it would be wrong for the Government to stop them from speaking, even when the Government believes that what they will say will cause more harm than good. (...) Not all legal rights, or even Constitutional rights, represent moral rights against the Government. I now have the legal right to drive either way on Fifty-seventh Street, but the Government would do no wrong to make that street one-way if it thought it in the general interest to do so. I have a Constitutional right to vote for a congressman every two years, but the national and state governments would do no wrong if, following the amendment procedure, they made a congressman’s term four years instead of two, again on the basis of a judgment that this would be for the general good. But those Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that our legal system respects the fundamental rights of the citizen. If citizens have a moral right of free speech, then governments would do wrong to repeal the First Amendment that guarantees it, even if they were persuaded that the majority would be better off if speech were curtailed.” (TRS: 190-191).

²³⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510-0/DF (doravante “ADI 3.510”), movida pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, contra o art. 5º da Lei n.º 11.105/2005 (“Lei de Biossegurança”), que autoriza a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. A ação foi julgada improcedente, em 29/5/2008, por maioria, nos termos do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto.

²³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54-8/DF (doravante “ADPF 54”), movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS contra a violação dos arts. 1º, IV, 5º, II, 6º, *caput*, e 196 a 200 da Constituição Federal (dignidade

direitos fundamentais de Ronald Dworkin. O nosso objetivo é ilustrar, com exemplos reais extraídos das discussões jurídicas no Brasil, os conceitos examinados ao longo desta dissertação.

As duas questões acima mencionadas têm em comum o tema da vida: no caso das pesquisas com células-tronco, a vida de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* (a extração das células-tronco normalmente resulta na destruição desses embriões); no caso do aborto, a vida de fetos desprovidos de massa encefálica em virtude de malformação congênita²³⁷. Ambas foram apresentadas ao Supremo Tribunal Federal como problemas acerca da origem da vida humana e do conceito de pessoa²³⁸, segundo o seguinte esquema

da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde) decorrente da aplicação dada por diversos juízes e tribunais aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7/12/1940) de modo a proibir a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Em 1/7/2004, o relator da ação, Ministro Marco Aurélio Mello, deferiu a liminar requerida pela CNTS para, até o julgamento final, suspender os processos criminais e as decisões judiciais ainda não definitivas que tivessem por alvo a aplicação da lei penal aos casos de aborto de fetos anencéfalos e para reconhecer o direito da gestante à interrupção da gravidez nesses casos. Em 20/10/2004, o Tribunal, por maioria, revogou a liminar na parte em que reconhecia o direito da gestante à interrupção da gravidez. O Procurador-Geral da República arguiu, em questão de ordem, que não era cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental para o fim pretendido pela CNTS. O Tribunal apreciou a referida questão de ordem em 27/4/2005 e, por maioria de votos, admitiu a ADPF 54. A ação ainda aguarda julgamento de mérito.

²³⁷ Consta do § 4 da petição inicial da ADPF 54: “A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como ‘ausência de cérebro’, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal”.

²³⁸ Essa foi a linha de argumentação adotada, mais notoriamente, pelo Procurador-Geral da República, tanto na ADI 3.510 (como autora da ação e como *custos legis*), quanto na ADPF 54 (como *custos legis*). Na inicial da ADI, por exemplo, declarou expressamente: “A tese central desta petição afirma que **a vida humana** acontece **na, e a partir da, fecundação**.” (grifado no original). O constitucionalista Luis Roberto Barroso, advogado da entidade autora da ADPF 54, mencionou no § 2 da petição inicial que a criminalização do aborto tem sido discutida nesses termos no Brasil e ao redor do mundo: “(...) No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. **A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida** tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha, França e Alemanha, dentre outros. (...)” (grifei).

argumentativo:

(1) Ou se tem vida humana ou não.

(2) Se há vida humana, cuida-se de pessoa e não de coisa.

(3) No sistema jurídico brasileiro, toda pessoa é portadora do direito inviolável à vida.

(4) Em virtude da proposição (3), o Estado brasileiro não pode admitir atentado algum contra a vida de uma pessoa.

(5) Logo, se há vida humana, não se pode legalmente destruí-la.

Nesse raciocínio, tudo parece depender da proposição (1). Uma vez definido que se está diante de vida humana, o resto se segue nos passos (2), (3), (4) e (5). Queremos mostrar, nesta seção, que a teoria dos direitos fundamentais de Ronald Dworkin atribuiria um peso muito maior à proposição (4). E, de fato, conforme veremos no decorrer da exposição, o teor dessa proposição está longe de ser incontroverso. A obrigação do Estado de tutelar o direito à vida não pode significar que todo e qualquer atentado à vida humana seja ilegítimo. De outro modo, seriam inadmissíveis os casos de morte causada em legítima defesa (Código Penal, art. 25), em estado de necessidade (Código Penal, art. 24), em virtude da interrupção de gravidez decorrente de estupro ou para salvar a vida da gestante (Código Penal, art. 128), no desforço imediato e proporcional para manter ou reaver a posse de um bem (Código Civil, art. 1.210, § 1º), em intervenções médicas, com risco de vida, consentidas por quem de direito (Código Civil, art. 15), e na aplicação

da pena de morte em tempo de guerra (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “a”)²³⁹.

Como já aqui visto, Ronald Dworkin associa o conceito de direitos fundamentais institucionais à legitimidade das autoridades políticas. Desse modo, segundo o filósofo norte-americano, seria possível reformular os problemas constitucionais envolvendo o direito à vida como questões acerca das justificativas adequadas para o uso da coerção estatal, independentemente, portanto, de qualquer opinião filosófica, científica ou religiosa que se tenha sobre a origem da vida humana e sobre o conceito de pessoa. Em linhas gerais, a abordagem consiste em tratar as questões da ótica da concepção liberal de “tolerância”. Esse é, com efeito, o aspecto central do famoso argumento de Ronald Dworkin em *Life’s Dominion*²⁴⁰.

6.1. Aborto de fetos anencéfalos. Formulação do problema

Ao propor a ADPF 54, a entidade autora, representada pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso, esclareceu que não punha em discussão a constitucionalidade das regras penais em vigor sobre o aborto²⁴¹, “com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais” (§ 2 da inicial). Disse sustentar

²³⁹ É verdade que em muitos desses casos a vida somente é sacrificada para a preservação de outra vida, mas não é assim sempre. O Direito brasileiro admite, por exemplo, a legítima defesa de um direito patrimonial (o Código Penal menciona legítima defesa de “direito”, sem qualquer restrição) e o desforço imediato para a proteção da posse. Em ambas as hipóteses, a morte do agressor é admissível desde que não haja outro meio de interromper a agressão e a reação de defesa seja proporcional ao ataque.

²⁴⁰ “*The crucial question is whether a state can impose the majority’s conception of the sacred on everyone.*” (LD: 109).

²⁴¹ O aborto é tipificado como crime nos arts. 124 a 127 do Código Penal. A interrupção da gravidez somente é admitida como meio de salvar a vida da gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro (art. 128 do Código Penal).

apenas a tese de que a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo não constituía o crime tipificado no Código Penal. Apresentou dois argumentos semelhantes, mas de alcances distintos, em favor dessa tese:

Argumento 1:

(1) A anencefalia é irreversível, incompatível com a vida extrauterina e fatal em 100% dos casos. (§§ 4 e 7)

(2) A caracterização do crime de aborto pressupõe que a morte do feto resulte diretamente dos meios abortivos. (§ 8)

(3) No caso do feto anencéfalo, a morte *não* é resultado direto dos meios abortivos, mas da malformação congênita. (§ 8)

(4) Logo, a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo não caracteriza o crime de aborto. (§ 25)

Argumento 2:

(1) A anencefalia é irreversível, incompatível com a vida extrauterina e fatal em 100% dos casos. (§§ 4 e 7)

(2) A caracterização do crime de aborto pressupõe que o feto tenha capacidade potencial de ser pessoa. (§ 38)

(3) O feto anencéfalo não tem potencial de ser pessoa, porque não há vida humana viável em formação. (§ 38)

(4) Logo, a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo não caracteriza o crime de aborto. (§ 25)

O Argumento 1 é claramente o mais frágil. Há duas formas de compreender a afirmação de que a *causa mortis* do feto anencéfalo é a sua malformação congênita. Se entendida em sentido empírico, a questão não precisaria (e não deveria) ser discutida no Supremo Tribunal Federal, porque o aborto de feto sem vida é crime impossível. Bastaria comprovar que a *causa mortis* foi tão somente a malformação congênita e não a interrupção da gravidez para demonstrar que não houve delito. Todavia, se for entendida em sentido jurídico, como parece necessário para que a ADPF 54 seja pertinente, então, conforme notou o Ministro Cezar Peluso, aceitar o Argumento 1 implicaria admitir que a morte, desde que inevitável, poderia ser antecipada a qualquer tempo. Entendido assim, o argumento provaria demais, pois a morte é inevitável para todos nós:

Não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas²⁴².

O argumento realmente importante é o Argumento 2. Nesse caso, no entanto, a autora da ADPF 54 não consegue desvencilhar-se das difíceis questões “filosóficas, religiosas e sociais” que pretendia evitar, já que o argumento baseia-se no controverso conceito de pessoa que aparece nas proposições (2) e (3)²⁴³.

De qualquer forma, por entender que o feto anencéfalo não fazia jus ao mesmo grau de proteção conferido a um feto saudável, a autora da ADPF 54 prosseguiu afirmando que o foco da atenção, nesse caso, deveria voltar-se exclusivamente para a gestante (§ 26). Sustentou que impor a alguém a gestação de

²⁴² Voto proferido na Questão de Ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República em que foram apreciadas a liminar e a admissibilidade da ADPF 54.

²⁴³ A julgar por seu relatório na Questão de Ordem, o Ministro Marco Aurélio Mello parece ser da mesma opinião: “O pleito final versa sobre a técnica da interpretação conforme a Constituição, assentada a premissa de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de crime de aborto” (grifei).

um feto anencéfalo envolveria a violação dos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal:

a) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), porque a gravidez forçada de um feto inviável seria causa de “dor, angústia e frustração”, ofendendo a integridade física e moral da gestante de modo comparável à “tortura psicológica” (§ 30);

b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II), porque “a antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencéfalo não está vedada no ordenamento jurídico” (§ 33); e

c) direito à saúde (arts. 6º, *caput*, e 196 a 200), porque “saúde, na concepção da própria Organização Mundial de Saúde, é o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença” e “a antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencéfalo é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante” (§ 35).

Cada um desses tópicos também envolve grandes dificuldades, todas as quais identificadas pelo Ministro Cezar Peluso no mesmo voto já citado.

(a) O foco exclusivo na integridade física da gestante somente pode ser sustentado se admitida a tese de que o feto anencéfalo não é pessoa, porque, do contrário, é evidente que também passaria a estar em jogo a integridade física da vida intrauterina. A mera possibilidade de sofrimento não é argumento suficiente para apoiar a violação da dignidade do aspecto da integridade moral da gestante:

(...) o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as

fontes de sofrimento. (...) Só quero relembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem²⁴⁴.

(b) e (c) As teses sobre a violação da liberdade e do direito à saúde da gestante dependem, novamente, dos argumentos formulados para afastar a existência de crime de aborto nesses casos e tais argumentos, como já mencionado, envolvem necessariamente a discussão sobre a condição de pessoa do feto.

Assim, muito embora a autora da ADPF 54 tenha procurado desviar o foco da discussão para a condição da gestante, não conseguiu desvencilhar-se da premissa central de que “apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de crime de aborto”²⁴⁵. E o debate entre os ministros do Supremo Tribunal Federal parece ter se fixado, logo no início, justamente em torno dessa premissa²⁴⁶.

Para determinar se os fetos anencéfalos são ou não pessoas, exige-se, em primeiro lugar, que se determine se eles são ou não seres humanos vivos²⁴⁷. Além disso, já que a viabilidade da vida intrauterina foi arguida como condição para a personalidade, seria preciso indagar se os fetos anencéfalos são viáveis. Por fim, supondo que os fetos não sejam pessoas, deve-se perguntar se há provas efetivas do terrível sofrimento das gestantes.

Se entendidas essas questões em sentido empírico, um só exemplo

²⁴⁴ Ministro Cezar Peluso. Voto citado.

²⁴⁵ Ministro Marco Aurélio. Voto citado.

²⁴⁶ O Ministro Eros Grau afirmou em seu voto na Questão de Ordem: “O feto não é coisa, porém pessoa”.

²⁴⁷ O art. 3º da Lei n.º 9.434/97 autoriza a “retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento” desde que diagnosticada a “morte encefálica”. Esse dispositivo legal não pode, contudo, ser invocado em favor da tese de que a vida humana identifica-se exclusivamente com a atividade neurológica, porque a constitucionalidade da Lei n.º 9.434/97 também poderia ser desafiada. Além disso, embora eleja a morte encefálica como critério para marcar o momento a partir do qual os órgãos do doador podem ser extraídos, a referida lei não tem a pretensão de estabelecer um conceito geral de morte que possa ser adotado para todos os propósitos. Ver, a esse respeito, o item 2.1 do voto do Ministro Cezar Peluso na ADI 3.510.

desfavorável à tese da autora da ADPF 54 bastaria para ilidir todo o seu argumento. Pois bem. Afirmar-se na inicial da ADPF 54 que o feto anencéfalo é inviável em 100% dos casos, porque incapaz de vida extrauterina. Considere-se, entretanto, o seguinte exemplo. Na cidade de Patrocínio Paulista, uma mulher deu à luz Marcela de Jesus Ferreira, criança anencéfala que viveu por um ano e oito meses²⁴⁸. Marcela foi alimentada e vestida e parecia responder aos estímulos externos e ao carinho de seus familiares²⁴⁹. A mãe de Marcela declarou à imprensa que não se arrependia de ter dado à luz a menina e que teria feito tudo novamente²⁵⁰. Ainda que se possa discutir se Marcela tinha mesmo ou não a condição de anencéfala, o caso ilustra as dificuldades decorrentes da generalização de afirmações empíricas. Seria o feto anencéfalo *sempre* inviável? Haveria sofrimento inevitável para *todas* as mulheres grávidas de feto anencéfalo?

Os problemas citados poderiam, no entanto, ser interpretados como questões estritamente jurídicas. Nesse caso, seriam reformulados mais ou menos do seguinte modo: como *devemos* conceituar a vida e a viabilidade da vida *para o efeito específico* de definir a natureza e a extensão do direito à vida na Constituição Federal? Mas a reformulação da pergunta nesses termos apenas colocaria novas dificuldades no lugar das anteriores. Se a Constituição Federal silencia sobre o início da vida e sobre os direitos da gestante, como construir uma solução jurídica que possa ser considerada *decorrente* do texto constitucional?

A questão do aborto de fetos anencéfalos já havia sido examinada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 84.025/RJ. Embora a ação não

²⁴⁸ *Estadão.com.br*, 2/8/2008: “Menina com anencefalia morre após 1 ano e 8 meses”; *O Globo Online*, 3.8.2008: “Bebê sem cérebro morre ao se engasgar com leite com 1 ano e 8 meses”.

²⁴⁹ *Jornal A Cidade*, 19/11/2007: “Marcela faz 1 ano com bolo”; *Jornal A Cidade*, 20/2/2008: “Marcela completa 15 meses”.

²⁵⁰ *Folha de S. Paulo*, 24/8/2008: “Mulher que não abortou diz que faria tudo de novo”.

tenha sido julgada no mérito²⁵¹, o voto proferido pelo relator, Ministro Joaquim Barbosa, é ilustrativo de um outro enfoque comumente dado à questão, o da colisão de direitos fundamentais:

(...) Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito. (...) [A]o proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. (...) [U]ma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher (...).

Ora, reconhecer o conflito entre a liberdade da gestante e a vida do feto é apenas reformular o problema sem resolvê-lo. Restaria encontrar um critério que justificasse a opção por um dos direitos em conflito. O sugerido pelo Ministro Joaquim Barbosa foi a viabilidade do feto:

(...) Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto. (...) Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não (...).

Dessa ótica, a vida gozaria de diferentes graus de proteção constitucional segundo a sua viabilidade. O feto normal, capaz de sobreviver ao nascimento, desfrutaria de maior proteção que o feto anencéfalo, incapaz de vida

²⁵¹ A ação foi considerada prejudicada. O *habeas corpus* tem por finalidade garantir a liberdade de locomoção de alguém contra um ato ilegal do Estado. No caso em discussão, por conta da morosidade das instâncias inferiores em apreciar o pleito da gestante, esta já havia dado à luz o bebê, que morreu poucos dias depois, quando instalada a sessão de julgamento no STF. Assim, como a prática do crime de aborto tornou-se impossível, porque a criança já havia nascido e morrido naturalmente, a ação de *habeas corpus* perdeu o objeto.

extrauterina. Assim, no sopesamento de direitos constitucionalmente assegurados ao feto e à gestante, a vida do feto viável prevaleceria sobre a liberdade da gestante (salvo nos casos extremos em que o Código Penal autoriza a interrupção da gravidez), enquanto a liberdade da gestante prevaleceria sobre a vida do feto inviável. Mas, poderíamos perguntar, o que justifica dizer que um organismo humano inviável é menos digno de proteção do que um ser humano viável? Ademais, o que torna viável ou inviável uma vida humana?

Ronald Dworkin aborda o problema do aborto a partir de um enfoque completamente diferente dos dois acima examinados. Para ele, quando um tribunal constitucional é chamado a dirimir controvérsia envolvendo o direito à vida, o que se espera da Corte, como *órgão de Estado*, não é uma investigação filosófica, científica ou religiosa sobre o sentido e os limites da vida, mas sim uma declaração sobre o sentido e alcance do *poder do Estado* para disciplinar a forma de tutelar aquele direito. Trata-se de um problema de legitimidade: como o Estado deve agir de modo a não ferir a dignidade de seus cidadãos?

A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso das células-tronco embrionárias (ADI 3.510) parece ter seguido um enfoque semelhante. Vamos examiná-la brevemente e depois retornar ao tema do aborto de fetos anencéfalos.

6.2. O caso das células-tronco embrionárias

Na ADI 3.510, pediu-se ao Supremo Tribunal Federal um pronunciamento sobre a constitucionalidade do seguinte dispositivo da Lei de

Biossegurança:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Esse dispositivo foi editado com o propósito de enfrentar a realidade que se estabeleceu no Brasil em virtude da disseminação da prática da fertilização *in vitro*: a existência de embriões excedentes destinados ao descarte ou ao congelamento *sine die*.

O voto da Ministra Ellen Gracie é bastante instrutivo a esse respeito:

Não há como negar que o legislador brasileiro, representante da vontade popular, deu resposta a uma inquietante realidade que não mereceu maiores considerações na peça inicial da presente ação direta.

A fertilização *in vitro*, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Brown, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural.

Porém, a utilização desse procedimento gera, inevitavelmente, o surgimento de embriões excedentes, muitos deles inviáveis, que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana.

Penso que o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas de células-tronco deveria estar necessariamente precedido do questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade.

Todavia, conforme registrado nas manifestações juntadas aos autos, essa relevantíssima questão sobre os procedimentos de reprodução assistida, apesar da tramitação de alguns projetos de lei, nunca foi objeto de regulamentação pelo Congresso Nacional, havendo, nessa matéria, tão-somente, uma resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.358, de 11.11.1992). Recorde-se que a primeira brasileira fruto de uma fertilização *in vitro* nasceu em 7 de outubro de 1984.

Portanto, esse era o cenário fático e lacunoso com o qual se deparou o legislador

brasileiro em 2005, quando foi chamado a deliberar sobre a utilização desses mesmos embriões humanos, inviáveis ou já há muito tempo crio-preservados, nas promissoras pesquisas científicas das células-tronco, já desenvolvidas, em diversas e avançadas linhas, nos mais importantes países do mundo. (...).

Alguns ministros votaram no sentido de fixar o conceito de vida²⁵² e de pessoa²⁵³, porém a Corte decidiu a questão exclusivamente com base na legitimidade do legislador. Dado que os embriões estavam fadados à destruição ou ao congelamento perpétuo, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a examinar se a

²⁵² Esse foi o objeto da terceira parte da argumentação desenvolvida pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, resumida na “terceira síntese” de seu voto (§ 61): “(...) se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. (...)”. A questão também foi enfrentada pelos Ministros Cezar Peluso (“A condição de embrião congelado não se deixa envolver nem abraçar pelo próprio conceito de *vida* que, compondo o substrato de opiniões dominantes em diversos setores das ciências físicas e da própria filosofia, deve ser recolhida pela reflexão dogmática e pela inteligência do ordenamento jurídico, ainda que a título de verdade provisória, mas como única disponível, no estágio atual do conhecimento, para julgar e decidir, à luz de critérios não arbitrários, a questão posta de constitucionalidade. (...) Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a *vida*, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui *capacidade de movimento autógeno*.”); Eros Grau: (“Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.”); e Marco Aurélio (“No enfoque biológico, o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade antes referida, e essa inexistente sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, gestação humana.”). O perigo das tentativas de definir a vida é ter depois de aceitar as consequências indesejáveis da definição adotada. Tomando-se, por exemplo, o conceito de vida como “capacidade de movimento autógeno” proposto pelo Ministro Cezar Peluso, será que estaríamos dispostos a considerar morto um ser humano consciente, capaz de comunicar-se, mas incapaz de mover-se, de alimentar-se, de viver, enfim, de forma independente? Jean-Dominique Bauby (autor de *O Escafandro e a Borboleta*) teria direito à vida? É evidente que sempre poderíamos “ajustar” os conceitos de “movimento” ou de “autógeno” de modo a acomodar as situações mais difíceis. Seria, no entanto, proveitoso trilhar esse caminho?

²⁵³ Esse foi o objeto da primeira parte da argumentação do relator, resumida na “primeira síntese” (§ 24): “Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um atomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permitem-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (...)”.

legislação poderia lhes ter dado o outro destino estabelecido pela Lei de Biossegurança. Tratou-se de indagar apenas: (i) se era legítima a técnica de reprodução humana da qual resultam os embriões excedentes (pois, do contrário, a solução seria simplesmente vedar essa técnica de reprodução, impedindo, assim, a própria criação dos embriões); e (ii) se o destino dado aos embriões pelo legislador atendia melhor aos preceitos da Constituição Federal quando comparado às alternativas do congelamento e do descarte.

Foi essa a linha de argumentação seguida pelo Ministro Carlos Ayres Britto no seguinte trecho de seu voto:

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II – a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requerido para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. (...).

O Ministro Cezar Peluso seguiu a mesma linha de argumentação:

O fato incontornável é que se têm por lícitos, quando menos naturais ou, até, moralmente legítimos, a formação e o estoque de u'a multidão sempre crescente de embriões excedentários. Mais que isso, tal prática é, sob pretexto de servir de boa garantia à eficácia das técnicas de fertilização em laboratório, tolerada, senão até justificada, pela assombrosa indiferença de quase todos os que, sustentando ser o embrião como entidade a ser portador de vida nos mesmíssimos termos em que a têm o feto e o homem nascido e, como tal, merecedor de igual valoração ética e tutela constitucional, não lhe costumam opor nenhum reparo de ordem moral nem jurídica. Mas não podem negar que se trata de produção descontrolada de embriões

sem préstimo, que não têm, ao perecimento certo, destino alternativo compatível com a grandeza e a dignidade reservadas ao ser humano, ao qual os equiparam na raiz da sua concepção ideológica.

Se, de regra, aos defensores dessa concepção não parece eticamente censurável, nem insultuosa à Constituição da República – antes, a muitos se lhes afigura prática legítima –, a produção de tantos embriões predestinados a longa crioconservação ou a pronta destruição consentida, embora escusada pelas exigências técnicas e finalidade médico-reprodutiva do processo em que se dá, não lhes poderia aparecer inconstitucional, nem censurável que a lei tenha previsto a esses embriões sorte diversa, evidentemente útil e nobre, que é a de se prestarem a objeto de promissoras investigações científicas em proveito da raça humana, cuja subsistência, integridade e aperfeiçoamento na história é o alvo último das preocupações da Constituição e de todo o ordenamento jurídico.

Portanto, ao decidir pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, o Supremo Tribunal Federal não apoiou-se em um conceito específico de vida; apenas constatou uma realidade (existência de embriões excedentários) estabelecida em virtude do exercício regular de um direito constitucionalmente assegurado (direito à utilização da técnica de fertilização *in vitro*) e verificou que, diante daquela realidade, a destinação dada aos embriões pelo legislador atendia às exigências da Constituição Federal. A vida dos embriões já era, de qualquer modo, desperdiçada. A questão dizia respeito somente à ação que o Estado poderia legitimamente adotar diante dessa situação fática.

6.3. O caso “*Roe v. Wade*”

Nas democracias modernas, que aceitam o pluralismo social e político como fato e valor²⁵⁴, a questão da legitimidade torna-se também, frequentemente, uma questão de tolerância. O problema da tolerância tem, dessa forma, relação estreita com a ideia de igualdade de consideração e respeito. Adota-se, como

²⁵⁴ A Constituição brasileira, por exemplo, menciona no preâmbulo, como finalidade do Estado democrático, promover os valores de uma “sociedade fraterna, **pluralista** e sem preconceitos” (grifei).

princípio de moralidade política, uma autolimitação de poder: o Estado deve abster-se de punir ou de discriminar pessoas apenas porque desaprove suas convicções morais²⁵⁵.

Foi nesses termos que a Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1973, no famoso caso *Roe v. Wade*, julgou inconstitucional, por sete votos a dois, a lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto praticado em qualquer fase da gestação, salvo para resguardar a vida da gestante.

No voto vencedor, proferido pelo Juiz Blackmun, reconheceu-se à gestante o direito de optar pelo aborto, até que o feto se tornasse viável (o que se dá, aproximadamente, ao final do segundo trimestre de gravidez), como consequência do direito mais geral à “privacidade” ou a “áreas ou zonas de privacidade”, o qual, por sua vez, foi considerado expressão do “conceito de liberdade pessoal” e das “restrições à ação do Estado” estabelecidas pela cláusula do devido processo legal no *Fourteenth Amendment*. A Corte decidiu que o Estado do Texas não poderia desconsiderar os direitos da gestante “mediante a adoção de uma teoria da vida”. Declarou, contudo, que o direito à privacidade não era absoluto e que poderia ser objeto de regulamentação estatal editada com a finalidade de proteger outros interesses relevantes em jogo²⁵⁶.

²⁵⁵ “*Liberal equality is tolerant in the following sense. It distinguishes two kinds of reasons that a political community might offer as justification for denying liberty. The first is a reason of justice: a community must outlaw some conduct when and because the best theory of justice so requires. It must outlaw theft, for example, to protect people’s rights to security of property. The second is a reason of ethics: a community might think that the conduct it outlaws, though not against justice, is demeaning or corrupting or otherwise bad for the life of its author. (...) Liberal equality denies the legitimacy of the second, ethical, reason for outlawing conduct.*” (SV: 282).

²⁵⁶ Assim foi sintetizada a decisão pelo Juiz Blackmun: “*To summarize and to repeat: 1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman’s attending physician. (b) For the stage*

No livro *Life's Dominion*, Dworkin assumiu a defesa do que foi decidido em *Roe v. Wade*²⁵⁷. Para o filósofo norte-americano, haveria dois tipos possíveis de objeções ao aborto²⁵⁸. Em primeiro lugar, poder-se-ia repudiar o aborto por entender-se que a interrupção da gravidez representa uma violação ao direito do feto à vida. Uma vez que essa objeção *deriva* da atribuição de personalidade ao feto, Dworkin a chama de “derivada” (*derivative*). Em segundo lugar, o aborto poderia ser repudiado não por representar uma ofensa a um direito do feto, mas por ofender a vida considerada em sua dimensão de valor intrínseco, sagrado e inviolável (tal como o valor das obras de arte, do patrimônio histórico, do meio ambiente etc.). Tendo em vista ser desnecessário pressupor, nesse caso, que o feto seja uma pessoa portadora de direitos, Dworkin chama essa objeção de “desvinculada” (*detached*).

Ronald Dworkin sustenta, então, que o desacordo que divide as pessoas sobre o aborto não se dá em torno da objeção “derivada”, pois, segundo ele, mesmo os membros mais radicais dos diversos grupos “pró-vida” têm revelado convicções morais inconsistentes com essa espécie de objeção²⁵⁹. O debate, na verdade, se daria em torno da melhor forma de respeitar a ideia fundamental, ligada à objeção “desvinculada”, de que a vida humana é sagrada e inviolável²⁶⁰. Ora, uma vez que a criação de objetos ou seres intrinsecamente valiosos ocorre ou por meios

subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother”.

²⁵⁷ LD: 26.

²⁵⁸ *Idem*: 11-25.

²⁵⁹ Para Dworkin, os defensores da objeção “derivada” deveriam, por exemplo, estar dispostos a sustentar a abolição da pena capital (sabe-se que o Estado do Texas, que concentra boa parte do movimento contra o aborto nos Estados Unidos, é também um dos estados em que esse tipo de pena ainda é aplicado) e a não admitir exceção alguma para a interrupção da gravidez, nem mesmo quando necessária para salvar a vida da gestante.

²⁶⁰ *Idem*: 13.

naturais (caso do meio ambiente natural) ou por meios humanos (caso das obras de arte) ou pela conjunção de ambos (vida humana como produto de aportes biológicos e culturais), a divergência em torno do aborto diria respeito à importância relativa dada aos aportes naturais e humanos necessários para conferir à vida do feto o seu valor intrínseco²⁶¹.

Dessa forma, a questão verdadeiramente importante não seria definir se o feto é ou não pessoa, mas sim determinar se o Estado pode ou não impor a todos os cidadãos a concepção da maioria a respeito do que é sagrado e de que forma o sagrado deve ser respeitado²⁶². O argumento é reforçado pelo fato de que, segundo Dworkin, não se reconhece ao feto, nos Estados Unidos, a condição de pessoa. Com efeito, no século XVIII, quando a Constituição norte-americana foi promulgada, muitos estados da federação tinham ainda leis liberais sobre o aborto (as leis restritivas surgiram apenas no século XIX)²⁶³, e a fixação do conceito de pessoa para o fim de restringir direitos constitucionais (os da gestante, por exemplo) é, nos Estados Unidos, prerrogativa do governo central²⁶⁴. O filósofo admite, entretanto, que, se a Constituição norte-americana atribuísse ao feto a condição de pessoa, seria difícil sustentar a possibilidade de interrupção da gravidez, pois o *Fourteenth Amendment* estabelece que a nenhuma pessoa pode ser negada igual proteção das leis²⁶⁵.

O direito constitucional das mulheres à privacidade (especificamente no aspecto que Dworkin chama de “autonomia procriativa”) derivaria, por seu turno, não tanto da cláusula do devido processo legal do *Fourteenth Amendment*, tal como

²⁶¹ *Idem*: 93-4.

²⁶² *Idem*: 26, 109, 168 e 171-2.

²⁶³ *Idem*: 111-2.

²⁶⁴ *Idem*: 113.

²⁶⁵ *Idem*: 109.

decidido pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*, quanto da liberdade de crença religiosa, porque adotar uma postura qualquer acerca do valor intrínseco da vida seria assumir uma crença essencialmente religiosa. De fato, para Dworkin, a noção constitucional de religião não se define pela crença em uma divindade pessoal, mas pela identificação da fonte do valor intrínseco da vida humana com algo transcendental²⁶⁶. Por essa razão, o critério decisivo para determinar se uma crença é essencialmente religiosa é o seu conteúdo objetivo e não a importância dessa crença para aquele que a professa²⁶⁷. É irrelevante que a mulher seja capaz de oferecer motivos espiritualmente profundos para interromper a gravidez. O importante é que o *Estado* não assuma postura alguma no que se refere ao valor intrínseco da vida²⁶⁸.

Na decisão tomada em *Roe v. Wade*, a solução de tolerância insere-se, segundo Dworkin, na intersecção entre duas tradições existentes no direito norte-americano: a tradição de respeito à liberdade pessoal e a tradição de tutela do “ambiente moral” pelo poder público²⁶⁹. A tensão estabelecida entre essas tradições dá ensejo a duas concepções possíveis, mas antagônicas, sobre o que significa proteger a vida humana²⁷⁰. Há, de um lado, a ideia de “responsabilidade”, segundo a qual o Estado deve zelar para que os cidadãos tratem as decisões sobre o aborto como assunto de grande importância moral e tomem tais decisões de modo responsável. Há, de outro lado, a ideia de “coerção” ou de “conformidade”, segundo

²⁶⁶ “Religions try to answer the deeper existential question by connecting individual human lives to some impersonal value. They declare that all human lives (or, for more parochial religions, the lives of believers) have intrinsic importance because they benefit from some source of value beyond subjective human experience: the love of a creator or redeemer, for example; or nature, believed to impart normative importance to everything it creates; or a natural order understood in some other but equally transcendental way. (...) [T]he belief affirms an essential religious idea, that the importance of human life transcends subjective experience.” (Idem: 155-7).

²⁶⁷ Idem: 165.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Idem: 150.

²⁷⁰ Ibidem.

a qual os cidadãos devem obedecer às regras e práticas que a maioria entenda melhores para expressar e proteger a santidade da vida.

Dworkin considera a coerção uma concepção razoável para vários casos que envolvem a proteção de bens de valor intrínseco. É comum, por exemplo, a cobrança de impostos para subsidiar museus e a imposição de medidas para a conservação do meio ambiente. A proteção da vida humana intrauterina, no entanto, somente admitiria a concepção da responsabilidade, pois a coerção: (i) teria um peso muito maior para alguns indivíduos (as gestantes) em comparação com o restante da sociedade; e (ii) conforme já mencionado, as convicções sobre como e por que respeitar a vida humana seriam essencialmente religiosas²⁷¹. O Estado poderia, portanto, disciplinar o exercício da liberdade da gestante, contudo apenas para manter um ambiente no qual as decisões sobre a vida e a morte fossem consideradas por todos como importantes questões morais a serem deliberadas com seriedade²⁷².

6.4. O aborto e a constituição brasileira

A solução adotada em *Roe v. Wade*, com toda a argumentação desenvolvida por Ronald Dworkin para justificá-la, não poderia ser aplicada ao regime constitucional brasileiro²⁷³. Nos Estados Unidos, conforme anteriormente mencionado, o feto *não* é considerado pessoa do ponto de vista constitucional e *não*

²⁷¹ *Idem*: 155-6.

²⁷² *Idem*: 168.

²⁷³ Há, ainda, o fato de que nos Estados Unidos o objeto da discussão foi bem mais amplo. Lá cogitou-se da possibilidade de criminalização do aborto em geral. Aqui não se cogita disso. Apenas se indaga sobre se uma hipótese específica de aborto pode ser criminalizada: a do feto anencéfalo.

pode vir a ser entendido como tal pelos diversos estados da federação para o fim de justificar a criminalização do aborto. Isso porque a competência para fixar o conceito de pessoa (no sentido mais forte de ser humano portador do direito à vida) é *nacional* e deve ser exercida pelo poder legislativo central²⁷⁴. No Brasil, ao contrário, a competência legislativa sobre matéria penal e proteção da personalidade concentra-se integralmente na União Federal.

Assim, do prisma da competência legislativa, nada impediria que o poder central, no Brasil, ampliasse o conceito de pessoa para nele incluir toda forma de vida humana desde a fecundação e, ao mesmo tempo, criminalizasse as condutas atentatórias à vida da pessoa assim concebida. Ora, ainda que o conceito de pessoa resultante da Constituição Federal brasileira pudesse ser considerado mais estreito²⁷⁵, a questão relevante, nesse caso, não é estabelecer qual o conceito constitucional de pessoa em vigor no Brasil, mas sim verificar se é ou não possível ao legislador infraconstitucional brasileiro ampliar esse conceito para conferir maior proteção aos seres humanos ainda não nascidos. Em outras palavras: seria inconstitucional a lei que ampliasse o conceito de pessoa para proteger o nascituro?

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (acima transcrito) sugere uma resposta negativa à questão, porque admite a ampliação dos direitos fundamentais por meio de tratados internacionais. Ademais, o conceito de pessoa *já* foi ampliado nesses moldes pelo legislador infraconstitucional. O Código Civil de 2002 estabelece expressamente no art. 2º que o nascituro é portador de direitos²⁷⁶ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada

²⁷⁴ *Idem*: 169.

²⁷⁵ Veja, nesse sentido, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3.510 (§§ 20-4)

²⁷⁶ O Ministro Eros Grau, em seu voto na ADI 3.510, reporta que a condição de pessoa já era atribuída ao nascituro desde os primórdios da cultura jurídica brasileira (§ 3).

ao Direito brasileiro em 9 de novembro de 1992 (Decreto n.º 678/92), assegura a toda *pessoa*, desde a *concepção*, o direito à vida:

Art. 4º (...) 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Logo, não é possível afastar, no Brasil, a objeção que Dworkin chamou de “derivada”²⁷⁷. Deve-se recordar que a legitimidade política, na teoria dworkiniana, relaciona-se com a noção de integridade: as autoridades devem agir de modo consistente com a concepção de justiça expressa pelo conjunto das decisões tomadas em nome de toda a comunidade política ao longo da história. A integridade exige que se leve em consideração a realidade normativa fundamental brasileira que atribui ao feto a condição de pessoa titular do direito à vida. Da ótica da teoria dworkiniana, um juiz que invocasse um ideal abstrato de justiça para afastar a personalidade do feto estaria, na verdade, impondo a todos os cidadãos uma concepção *pessoal* e *utópica* de justiça, quando a sua responsabilidade, como representante do Estado brasileiro, seria apenas aplicar os direitos institucionais *em vigor* no Brasil. A decisão do Supremo Tribunal Federal no caso das células-tronco embrionárias não contradiz essa premissa, porque, naquela decisão, como vimos, não foi examinado o conceito de pessoa humana.

²⁷⁷ Parece-me, por isso, equivocado invocar a tese dworkiniana da gradação do valor intrínseco da vida humana em seus diferentes estágios de desenvolvimento, tal como fez o Ministro Carlos Britto em seu voto (veja § 25), pois essa tese pressupõe que a objeção derivada seja inaceitável. Desde que se admita a objeção derivada e se aceite a condição de pessoa do feto, não é possível reconhecer que a vida intrauterina tenha menor valor que a vida extrauterina.

V. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTORIDADE POLÍTICA

1. Direitos fundamentais e juspositivismo

Conforme vimos na Introdução, Dworkin afirma que o juspositivismo é incompatível com a noção de direitos fundamentais. Todavia, alguns dos mais renomados juspositivistas acolhem a noção de direitos fundamentais e procuram explicá-la segundo os seus próprios pressupostos teóricos.

H. L. A. Hart, por exemplo, atribui a esses direitos o *status* de direitos legais e os associa às necessidades básicas do ser humano juridicamente tuteladas por meio de “cartas de direitos” (*bills of rights*) ou práticas judiciárias²⁷⁸. Hans Kelsen explica os “direitos políticos” e os “direitos fundamentais garantidos constitucionalmente” como poderes especiais: os primeiros seriam poderes de participação no processo de criação, alteração ou extinção das normas jurídicas

²⁷⁸ “However, in spite of its attractions, this theory [of rights as protected choices], centred on the notion of a legally respected individual choice, cannot be taken as exhausting the notion of a legal right: the notion of individual benefit must be brought in, though not as the benefit theory brings it in, to supplement the notion of individual choice. Unless this is done no adequate account can be given of the deployment of the language of rights, in two main contexts, when certain freedoms and benefits are regarded as essential for the maintenance of the life, the security, the development, and the dignity of the individual. Such freedoms and benefits are recognized as rights in the constitutional law of many countries by Bills of Rights, which afford to the individual protection even against the processes of legislation. In countries such as our own, where the doctrine of legislative sovereignty is held to preclude limiting the powers of the legislature by Bills of Rights, they are, though given only the lesser measure of legal protection in the form of duties of the criminal law, thought and spoken of as legal rights by social theorists or critics of the law who are accustomed to view the law in a wider perspective than the lawyer concerned only with its day-to-day working.” (Hart, 1982: 189). “The upshot of these considerations is that instead of a general analytical and explanatory theory covering the whole field of legal rights I have provided a general theory in terms of the notion of a legally respected individual choice which is satisfactory only at one level – the level of the lawyer concerned with the working of the ‘ordinary’ law. This requires supplementation in order to accommodate the important deployment of the language of rights by the constitutional lawyer and the individualistic critic of the law, for whom the core of the notion of rights is neither individual choice nor individual benefit but basic or fundamental individual needs.” (Idem: 193).

gerais; os últimos seriam poderes de interferência na produção de normas gerais ou individuais visando à anulação das leis inconstitucionais²⁷⁹. Joseph Raz sustenta que os direitos constitucionais são “mecanismos” empregados em um sistema jurídico para limitar e distribuir competências entre os vários poderes, de modo a retirar as matérias relacionadas a esses direitos do controle exclusivo dos poderes legislativo e executivo e submetê-las aos tribunais²⁸⁰.

Como se observa nesses exemplos, a incompatibilidade apontada por Ronald Dworkin não é tão evidente quanto se poderia supor. Além disso, a expressão “juspositivismo” é, em si mesma, problemática, porque pode ser empregada para designar um conjunto muito vasto e heterogêneo de teses, algumas das quais mutuamente contraditórias²⁸¹. Devemos, então, ser mais específicos na

²⁷⁹ Kelsen, 1998(1): 150-162, e 1998(2): 107-128.

²⁸⁰ “In particular constitutional rights are devices for effecting a division of power between various branches of government. The most visible fact about constitutional rights is that they are subjected to special institutional treatment. Matters which affect them are taken away from the exclusive control of ordinary legislative and administrative processes and subjected to the jurisdiction of the courts (or of special constitutional courts). The effect is that the current extent of, say, the legal right of free expression is a combined result of both legislation and judicial action, in circumstances in which the judiciary is acknowledged to have a right to modify the effect of legislative and governmental actions.” (Raz, 1986: 257). “When the Constitution ‘incorporates’ a moral consideration, such as freedom of speech, it sets limits to the power of Congress and other law-makers to modify this aspect of morality. References to moral considerations in constitutions are typically not cases of the incorporation of morality but blocks to its exclusion or modification by ordinary legislation. (...) Judicial review not only makes the block to the exclusion or modification of constitutionally protected moral considerations by legislation enforceable; in addition in conferring on the courts powers to enforce that block, it gives them, when adjudicating on the compatibility of legislation with the constitutionally protected moral considerations, the power to modify the application of those moral considerations themselves.” (Raz, 2009(2): 196).

²⁸¹ Em sua famosa obra *O Positivismo Jurídico*, Norberto Bobbio identifica um total de sete teses associadas ao “juspositivismo”, agrupando-as em três diferentes “abordagens”: o positivismo como método, o positivismo como teoria e o positivismo como ideologia (Bobbio, 1995: 131 e ss). H. L. A. Hart, por sua vez, em *The Concept of Law*, menciona cinco teses relacionadas ao “positivismo” apenas na literatura anglo-americana: “The expression ‘positivism’ is used in contemporary Anglo-American literature to designate one or more of the following contentions: (1) that laws are commands of human beings; (2) that there is no necessary connection between law and morals, or law as it is and law as it ought to be; (3) that the analysis or study of meanings of legal concepts is an important study to be distinguished from (though in no way hostile to) historical inquiries, sociological inquiries, and the critical appraisal of law in terms of morals, social aims functions, &c.; (4) that a legal system is a ‘closed logical system’ in which correct decisions can be deduced from predetermined legal rules by logical means alone; (5) that moral judgments cannot be established, as statements of fact can, by rational argument, evidence or proof (‘non cognitivism in ethics’). Bentham and Austin held the views expressed in (1), (2), and (3) but not those in (4) and (5); Kelsen holds those expressed in (2), (3), and

formulação do problema: em que sentido Dworkin afirma que o juspositivismo é incompatível com a noção de direitos fundamentais? A resposta dependerá do modo como definirmos os dois termos principais da pergunta: “juspositivismo” e “direitos fundamentais”. É preciso apontar, em relação a cada um deles, a característica responsável pela suposta incompatibilidade.

1.1. Regras, princípios, discricionariedade judicial

Em *The Model of Rules I* (Capítulo 2 de **TRS**), ensaio originalmente publicado em 1967, Dworkin toma como modelo de juspositivismo a teoria de H. L. A. Hart, tal como formulada em *The Concept of Law*. Os traços principais dessa teoria, segundo Dworkin, são os seguintes²⁸²:

1) o sistema jurídico é entendido como um conjunto de regras primárias e secundárias;

2) as regras primárias definem os direitos e as obrigações dos membros da comunidade e as regras secundárias estabelecem a estrutura institucional necessária para definição, alteração e aplicação da lei em vigor;

(5) but not those in (1) and (4). Contention (4) is often ascribed to ‘analytical jurists’ but apparently without good reason”. (Hart, 1994: 302).

²⁸² **TRS**: 19-22. Seguimos, aqui, a exposição de Dworkin no lugar de nos reportarmos diretamente ao texto de *The Concept of Law* porque se trata de uma seleção dos elementos da teoria hartiana que o filósofo norte-americano considerou mais importantes para sua crítica ao juspositivismo. Recordamos que o nosso propósito, neste momento, é apenas identificar o alvo de Dworkin e não expor com fidelidade o juspositivismo de Hart (embora acreditemos, de qualquer sorte, que a exposição de Dworkin em **TRS** seja substancialmente fiel à teoria hartiana).

3) as regras jurídicas são padrões sociais de conduta compreendidos como obrigatórios pelos membros da comunidade, ou porque são *aceitos* como tais pelo grupo social, isto é, são reconhecidos, nas práticas sociais daquele grupo, como justificativas para seu próprio comportamento e para a crítica do comportamento daqueles que não observam os referidos padrões, ou porque são *válidos*, ou seja, são estabelecidos em conformidade com o procedimento previsto nas regras secundárias que autorizam a criação ou alteração de regras jurídicas. Uma regra é válida segundo o modo como é produzida, independentemente de seu conteúdo;

4) em uma comunidade primitiva, em que vigoram apenas regras primárias, tais regras são obrigatórias exclusivamente em virtude de sua aceitação. Não é possível dizer que exista lei nessa comunidade, porque não há como distinguir entre padrões jurídicos de conduta e outros padrões sociais; e

5) o nascimento de um sistema jurídico se dá com o surgimento, na comunidade primitiva, de uma regra secundária que estabelece critérios para distinguir as regras jurídicas dos demais padrões sociais de conduta. Essa regra secundária, denominada por Hart de “regra de reconhecimento”, é a única que se torna obrigatória por aceitação. Todas as outras regras do sistema são obrigatórias porque são válidas.

Dworkin identifica na teoria hartiana três teses centrais, decorrentes das características acima apontadas, quais sejam: (i) a lei de uma comunidade é o conjunto das regras jurídicas válidas naquela comunidade; (ii) a lei se exaure no conjunto dessas regras; e (iii) a atribuição de uma obrigação legal a alguém em um

caso concreto significa dizer que o caso se amolda ao preceito de uma regra válida que estabelece a referida obrigação²⁸³.

As teses descritas nos itens “ii” e “iii” são decorrência da tese enunciada no item “i”. Elas têm, em conjunto, uma importante consequência. Da ótica do juspositivismo (conforme acima definido), quando um caso específico não é disciplinado por uma regra ou a regra que o disciplina é vaga, o órgão jurisdicional não tem *obrigação legal* de julgar o caso em favor de uma das partes em especial; deve decidir discricionariamente²⁸⁴ com base em critérios de decisão (*standards*) extrajurídicos²⁸⁵. Ora, se a solução do caso não decorre de uma obrigação legal, mas da decisão discricionária do julgador, não é possível afirmar que exista em favor de qualquer das partes um direito genuíno²⁸⁶. O juspositivismo, nesse aspecto, está em conflito com a noção de direitos fundamentais, porque os referidos direitos, tal como aparecem na experiência concreta do constitucionalismo norte-americano, têm duas características marcantes: estão definidos por regras constitucionais

²⁸³ “Positivism has a few central and organizing propositions as its skeleton (...). These key tenets may be stated as follows: (a) The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. These special rules can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed. (...) (b) The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’. (c) To say that someone has a ‘legal obligation’ is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something.” (TRS: 17).

²⁸⁴ Em *The Concept of Law*, Hart explica a discricionariedade das autoridades públicas como um fenômeno relacionado à aplicação das regras gerais: “Even when verbally formulated general rules are used, uncertainties as to the form of behavior required by them may break out in particular concrete cases. (...) There will indeed be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general expressions are clearly applicable (‘If anything is a vehicle a motor-car is one’) but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not. (‘Does ‘vehicle’ used here include bicycles, airplanes, roller skates?’) (...). Faced with the question whether the rule prohibiting the use of vehicles in the park is applicable to some combination of circumstances in which it appears indeterminate, all that the person called upon to answer can do is to consider (as does one who makes use of a precedent) whether the present case resembles the plain case ‘sufficiently’ in ‘relevant’ respects. The discretion thus left to him by language may be very wide; so that if he applies the rule, the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, is in effect a choice”. (Hart, 1994: 126-127).

²⁸⁵ Doravante utilizaremos a palavra “critério” para traduzir o inglês “standard”. O sentido em que utilizamos a palavra não guarda qualquer relação com as discussões entre Dworkin e seus adversários a respeito da natureza “criteriológica” ou “interpretativa” do conceito de lei.

²⁸⁶ Veja o que dissemos no Capítulo IV, Seção 3.1, sobre a importância da noção de “direitos concretos” na teoria dworkiniana.

demasiadamente vagas (isto é, os enunciados abstratos da constituição) ou não estão previstos em regra alguma, porque implícitos ou “não enumerados”; e são invocados nos casos judiciais como justificativa para que a decisão se dê em favor de uma das partes.

Por essa razão, o ataque inicial de Dworkin ao juspositivismo, ainda no ensaio *The Model of Rules I*, consistiu em demonstrar, com base na fenomenologia da decisão judicial, que os juízes, ao decidirem casos concretos, fiam-se tanto em regras que atendem a certos critérios de validade, quanto em princípios ou máximas de justiça (*verbi gratia* “ninguém pode valer-se da própria torpeza”), os quais são considerados juridicamente vinculantes tão somente em virtude de seu conteúdo²⁸⁷; e a atividade dos juízes não pode ser adequadamente explicada pela noção de discricionariedade, mesmo nos casos em que os critérios jurídicos invocados pelas partes parecem não determinar a quem assiste razão, porque a atividade jurisdicional é normalmente compreendida como um exercício de descoberta dos direitos que as partes já têm.

As duas linhas de ataque são interdependentes. Quando confrontado com o fenômeno dos princípios na decisão judicial, o juspositivista pode facilmente voltar à sua posição inicial, explicando que os princípios invocados pelos juízes são exemplos de critérios extrajurídicos empregados no exercício da discricionariedade²⁸⁸. Portanto, para mostrar que os princípios invocados pelos

²⁸⁷ Um dos exemplos citados por Dworkin é o caso *Riggs v. Palmer*, no qual uma corte nova-iorquina teve de decidir se o herdeiro testamentário responsável pelo assassinato do testador, seu avô, continuava a ter o direito de herdar. A corte reconheceu que as leis do Estado de Nova Iorque não excepcionavam o direito de herança mesmo no caso de assassinato, mas decidiu por negar ao assassino esse direito com base no princípio de que “ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza”. (Veja **TRS**: 23).

²⁸⁸ “An analysis of the concept of legal obligation must therefore account for the important role of principles in reaching particular decisions of law. There are two different tacks we might take: (a) We might treat legal principles the way we treat legal rules and say that some principles are binding as law

juízes têm *status* jurídico, é preciso adotar a segunda linha de ataque e demonstrar que não há verdadeira discricionariedade judicial.

Ao empreender essa segunda linha de ataque, Dworkin faz notar, inicialmente, que a noção de discricionariedade aparece em contextos específicos. Não se diz que alguém tem discricionariedade quando está absolutamente livre para decidir. A discricionariedade é sempre relativa a algum critério de decisão ou a alguma autoridade. Normalmente se diz que alguém age discricionariamente em três tipos de contexto: (i) quando o critério de decisão a ser seguido não pode ser aplicado mecanicamente e exige, por isso, que a pessoa obrigada a decidir estabeleça por si própria a melhor forma de aplicá-lo (*verbi gratia* um sargento recebe ordens para compor uma patrulha com seus cinco homens mais experientes); (ii) quando a pessoa obrigada a decidir tem autoridade final sobre o assunto (*verbi gratia* a última instância judiciária em relação a um caso litigioso); e (iii) quando a pessoa obrigada a decidir está livre para fazê-lo segundo seu próprio juízo (*verbi gratia* o sargento recebe ordens para compor a patrulha com os cinco homens que preferir)²⁸⁹.

Em qual dos três sentidos deveria ser compreendida a discricionariedade judicial a que alude o juspositivismo? Segundo Dworkin, certamente não no sentido mencionado no item “ii”, porque, nesse caso, a ideia de

and must be taken into account by judges and lawyers who make decisions of legal obligation. If we took this tack, we should say that in the United States, at least, the 'law' includes principles as well as rules. (b) We might, on the other hand, deny that principles can be binding the way some rules are. We would say, instead, that (...) the judge reaches beyond the rules that he is bound to apply (reaches, that is, beyond the 'law') for extra-legal principles he is free to follow if he wishes. One might think that there is not much difference between these two lines of attack, that it is only a verbal question of how one wants to use the word 'law'. But that is a mistake, because the choice between these two accounts has the greatest consequences for an analysis of legal obligation. (...) If we take the first tack, we are still free to argue that because such judges are applying binding legal standards they are enforcing legal rights and obligations. But if we take the second, we are out of court on that issue (...).” (TRS: 29-30).

²⁸⁹ TRS: 31-33.

discricionariedade não guarda relação nem com princípios nem com regras²⁹⁰. O sentido citado no item “i” também deve ser descartado, porque é apenas um truísmo dizer que a pessoa obrigada a decidir deve apelar a seu próprio entendimento na ausência de uma regra clara²⁹¹. Resta, portanto, a terceira hipótese, que Dworkin denomina de “discricionariedade em sentido forte”²⁹². Todavia, para sustentar que os juízes agem com discricionariedade em sentido forte, os juspositivistas precisariam demonstrar que os princípios por eles invocados não são utilizados como critérios de decisão nos casos concretos. Ora, uma vez que os princípios são invocados precisamente como critérios de decisão, daí se segue que eles contribuem para a determinação dos direitos das partes e são, portanto, critérios *jurídicos*²⁹³.

1.2. A tese das fontes

H. L. A. Hart não nega que os juízes por vezes utilizem critérios de justiça em suas decisões. O que ele se recusa a aceitar é apenas que esses critérios sejam considerados parte da lei em vigor sem antes terem sido a ela incorporados pela regra de reconhecimento. A teoria hartiana admite, inclusive, que os princípios morais e valores incorporados à lei passem, eles próprios, a integrar a regra de reconhecimento e a servir como critérios de validade da legislação²⁹⁴. Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição norte-americana apenas confirmariam

²⁹⁰ **TRS**: 33.

²⁹¹ **TRS**: 34.

²⁹² **TRS**: 34.

²⁹³ Esse é, a nosso ver, o sentido geral do argumento em **TRS**: 34-39.

²⁹⁴ “(...) [T]he rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values; so my doctrine is what has been called ‘soft positivism’ (...).” (Hart, 1994: 250).

essa possibilidade, porque funcionam justamente como limites ao poder de legislar²⁹⁵.

Dworkin reconhece que, de fato, a disputa com os juspositivistas não diz respeito à taxonomia dos critérios de decisão que compõem o sistema jurídico. Não se trata, em outras palavras, de afirmar que os juízes aplicam somente regras ou que aplicam regras e princípios²⁹⁶. Por que então persiste a discordância? Se o juspositivismo hartiano admite que princípios morais façam parte da lei em vigor e que o respeito aos direitos fundamentais figure entre os critérios de validade das leis, por que o juspositivismo é incompatível com a teoria dworkiniana dos direitos fundamentais?

A discordância, segundo Hart, diz respeito ao modo de identificar a lei em vigor:

The most fundamental difference relating to connections between law and morality between the legal theory developed in this book and Dworkin's theory concerns the identification of the law. According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law²⁹⁷.

Conforme se depreende da passagem transcrita, Hart sustenta que a lei em vigor pode ser inteiramente determinada por referência às “fontes do direito” (veremos logo em seguida o sentido preciso da expressão) e que os princípios e

²⁹⁵ Veja-se, por exemplo, o famoso *First Amendment*: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

²⁹⁶ “My point was not that ‘the law’ contains a fixed number of standards, some of which are rules and other principles. Indeed, I want to oppose the idea that ‘the law’ is a fixed set of standards of any sort. My point was rather that an accurate summary of the considerations lawyers must take into account, in deciding a particular issue of legal rights and duties, would include propositions having the form and force of principles, and that judges and lawyers themselves, when justifying their conclusions, often use propositions which must be understood in that way. Nothing in this, I believe, commits me to a legal ontology that assumes any particular theory of individuation [of legal standards].” (*TRS*: 76).

²⁹⁷ Hart, 1994: 269.

valores morais somente tornam-se parte da lei quando a ela incorporados por meio dessas fontes.

Segundo Joseph Raz, a “tese das fontes”, que pode ser resumida pelo enunciado “é uma questão de fato social determinar o que é lei e o que não é lei”, captaria o sentido profundo do juspositivismo. As várias teorias juspositivistas nada mais seriam que refinamentos ou elaborações do referido enunciado²⁹⁸. Os fatos que determinam a lei em vigor (isto é, que expressam os critérios de validade e o conteúdo da lei) são as chamadas “fontes do direito”²⁹⁹. As fontes do direito podem ser também compreendidas como o fundamento da verdade ou falsidade das proposições jurídicas. Assim, para determinar, em relação a um sistema jurídico específico, se são verdadeiras ou falsas proposições jurídicas do tipo “a pena de morte é proibida”, “Fulano tem direito à liberdade provisória no caso X” ou “o assassino não pode herdar da vítima”, bastaria consultar as fontes do direito peculiares àquele sistema³⁰⁰.

A tese das fontes sociais constitui aquilo que Dworkin chamaria de uma “concepção sobre o conceito doutrinal de lei”. Na Introdução de *Justice in Robes*, o filósofo norte-americano distingue quatro formas de abordar o fenômeno jurídico, às quais correspondem quatro diferentes conceitos de lei. É possível examinar a lei num sentido doutrinal, sociológico, taxonômico ou como um ideal. No sentido

²⁹⁸ “In the most general terms the positivist social thesis is that what is law and what is not is a matter of social fact (that is, the variety of social theses supported by positivists are various refinements and elaborations of this crude formulation). (...) [T]he social thesis is the more fundamental. It is also responsible for the name ‘positivism’ which indicates the view that the law is posited, is made law by the activities of human beings.” (Raz, 2009(1): 37-38). “I have claimed that the social thesis has always been at the foundation of positivist thinking about the law (...)” (Idem: 41).

²⁹⁹ “The sources of law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content.” (Raz, 2009(1): 47-48). “A law is source-based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument.” (Raz, 1994: 211).

³⁰⁰ “Sources are normally thought of as sources of law. The occurrence of an event of a certain kind creates law. Certain legal statements are true in virtue of that or other laws alone.” (Raz, 2009(1): 62). “But is important to remember that ‘sources’ here means not just law-creating acts but all sorts of facts which make legal statements true or false.” (Idem: 63).

doutrinal, o conceito de lei tem relação com as condições de verdade das proposições jurídicas. A lei no sentido sociológico é uma instituição social. A lei no sentido taxonômico diz respeito aos tipos de critérios de decisão ou de padrões de comportamento que podem ser considerados como jurídicos. Por fim, a lei como ideal identifica-se com os valores da legalidade e do “governo das leis” (*rule of law*)³⁰¹.

O conceito doutrinal tem enorme relevância para o tema dos direitos fundamentais, porque as afirmações sobre a existência ou inexistência de direitos e deveres são proposições jurídicas. Ao afirmarem que o conteúdo da lei é dado tão somente pelas fontes do direito, os juspositivistas sustentam uma tese sobre o conceito doutrinal da lei: uma proposição jurídica é verdadeira *se e somente se* puder ser formulada exclusivamente com base nas fontes do direito. Essa tese interfere diretamente com o modo como os direitos fundamentais são compreendidos, porque, segundo ela, tais direitos existiriam *se e na exata medida* em que estivessem previstos nas fontes do direito.

Eis, portanto, o motivo mais profundo da discordância entre Dworkin e os juspositivistas. Como vimos no Capítulo IV, Dworkin afirma que somente são genuínos os direitos fundamentais que possam ser reivindicados perante os

³⁰¹ “The essays in this collection are mainly about law in what I shall call the doctrinal sense. They explore the concept of ‘the law’ of some place or entity being to a particular effect: we use that doctrinal concept when we say, for example, that under Rhode Island law a contract signed by someone under the age of twelve is invalid or, more controversially, that American constitutional law permits the President to order foreigners suspected of terrorism to be tortured.” (JR: 2). “We also have a sociological concept of law: we use ‘law’ to name a particular type of institutional social structure. We might ask, for instance, using that sociological concept, when law first appeared in primitive tribal societies, or whether commerce is possible without law.” (JR: 2-3). “[The taxonomic concept of law] supposes that any political community that has law in the sociological sense also has a collection of discrete rules and other kinds of standards that are legal standards as opposed to moral or customary or some other kinds of standards. Legal philosophers use this taxonomic concept when they ask whether certain moral principles are also principles of law.” (JR: 4). “Finally, we share what we might call an aspirational concept of law, which we often refer to as the ideal of legality or the rule of law.” (JR: 5).

tribunais. Para dar conta desses direitos, é preciso, portanto, dar conta também do dever dos tribunais de adjudicá-los nos casos concretos. Ora, seria uma petição de princípio dizer que a obrigação dos tribunais de fazer valer concretamente os direitos fundamentais previstos em uma “fonte do direito” (*verbi gratia* uma carta constitucional) decorreria dessa mesma fonte. Continuaria sempre possível, com efeito, indagar por que a referida fonte do direito deve ser obedecida³⁰². Assim, a questão sobre por que os juízes devem obedecer à lei não pode ser resolvida mediante o apelo às fontes do direito³⁰³. É preciso elaborar uma teoria moral que explique a força vinculante dessas fontes e dê conta também da obrigação jurisdicional³⁰⁴.

Nós já vimos como Dworkin resolve o problema da obrigação jurisdicional quando tratamos da relação entre os direitos fundamentais e a lei. O conceito de lei como integridade explica de que modo a obrigação das autoridades políticas pode ser deduzida das noções de humana (entendida como igualdade de consideração e respeito) e responsabilidade moral. Resta verificar se o juspositivismo também sugere, ainda que implicitamente, uma teoria sobre a obrigação judicial e a força vinculante das fontes do direito.

³⁰² “We may want to say that judges are ‘bound’ by a general rule to the effect that they must do what the legislature says, but it is unclear where that rule comes from. We cannot say that the legislature is itself the source of the rule that judges must do what the legislature says, because that explanation presupposes the rule we are trying to justify. Perhaps we can discover a basic legal document, like a constitution, that says either explicitly or implicitly that the judges must follow the legislature. But what imposes a duty on judges to follow the constitution? We cannot say the constitution imposes that duty without begging the question in the same way.” (TRS: 49).

³⁰³ Esse é o sentido preciso em que o juspositivismo nega a primeira característica dos direitos fundamentais de que falamos na Introdução e que no Capítulo II chamamos de “extralegalidade”.

³⁰⁴ “We must then try to find, not just reasons why judges should do so, but grounds for asserting the duty, and this requires that we face the issue of moral philosophy I just named. Under what circumstances do duties and obligations arise?” (Ibidem).

1.3. Juspositivismo como “convencionalismo”

Em *Law's Empire*, Dworkin sugere uma concepção juspositivista da lei em sentido doutrinal a que ele dá o nome de “convencionalismo”. O filósofo norte-americano começa por identificar a questão fundamental a ser respondida para a elaboração de qualquer concepção doutrinal da lei que dê conta dos direitos e deveres jurídicos concretos: em que sentido é possível dizer que os direitos e deveres das pessoas *decorrem* de decisões políticas tomadas no passado³⁰⁵?

O convencionalismo responderia a essa questão afirmando que (i) o conteúdo da lei depende de certas convenções sociais sobre quais instituições têm o poder de legislar e de que modo podem fazê-lo³⁰⁶; (ii) as decisões tomadas por essas instituições sociais somente dão origem aos direitos e deveres nelas explicitamente previstos ou que puderem ser explicitados com o uso de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelos juristas³⁰⁷; e (iii) quando surgem questões

³⁰⁵ “The law of a community on this account is the scheme of rights and responsibilities that meet that complex standard: they license coercion because they flow from past decisions of the right sort. They are therefore ‘legal’ rights and responsibilities. This characterization of the concept of law sets out, in suitably airy form, what is sometimes called the ‘rule’ of law. (...) Conceptions of law refine the initial uncontroversial interpretation I just suggested provides our concept of law. Each conception furnishes connected answers to three questions posed by the concept. First, is the supposed link between law and coercion justified at all? Is there any point to requiring public force to be used only in ways conforming to rights and responsibilities that ‘flow from’ past political decisions? Second, if there is such a point, what is it? Third, what reading of ‘flow from’ – what notion of consistency with past decisions – best serves it? The answer a conception gives to this third question determines the concrete legal rights and responsibilities it recognizes.” (LE: 93-94).

³⁰⁶ “It makes law depend on distinct social conventions it designates as legal conventions; in particular on conventions about which institutions should have power to make law and how. (...) Conventionalism holds that legal practice, properly understood, is a matter of respecting and enforcing these conventions, of treating their upshot, and nothing else, as law.” (LE: 114-115).

³⁰⁷ “It proposes, in answer to the third question, a sharply restricted account of the form of consistency we should require with past decisions: a right or responsibility flows from past decisions only if it is explicit within them or can be made explicit through methods or techniques conventionally accepted by the legal profession as a whole.” (LE: 95).

imprevistas por aquelas instituições sociais, a autoridade judicial deve decidir com o uso de discricionariedade em sentido forte³⁰⁸.

Nessa descrição do convencionalismo, a expressão “instituições sociais” é utilizada para designar “práticas sociais convencionais” e não órgãos ou pessoas investidos de autoridade. As convenções sobre as “instituições sociais” com poder de legislar ou de julgar coincidem, por isso, com a “legislação” e os “precedentes”³⁰⁹. Quando as convenções são entendidas dessa forma, há a possibilidade de distinguir entre dois modos de compreender o seu significado: é possível dizer que o sentido dessas convenções é a sua “extensão explícita”, isto é, o conjunto de proposições que decorrem diretamente daquilo que todos reconhecem como parte da convenção, ou que o sentido da convenção é a sua “extensão implícita”, ou seja, o conjunto das proposições que expressam a melhor interpretação da prática social convencional³¹⁰.

Dessa distinção resultam dois tipos de convencionalismo: o convencionalismo “estrito”, segundo o qual a lei em vigor decorre tão somente da

³⁰⁸ “Law by convention is never complete, because new issues constantly arise that have not been settled one way or the other by whatever institutions have conventional authority to decide them. (...) So the decision a judge must make in hard cases is discretionary in this strong sense: it is left open by the correct understanding of past decisions.” (LE: 115).

³⁰⁹ “If the leading legal institutions like legislation and precedent are conventions, they are conventions of this different, more open kind. Lawyers agree on certain abstract formulations of these conventions – they agree that legislation and precedent are, in principle, sources of law. But they take the interpretive attitude toward these abstract propositions, and their opinions (...) express an interpretation rather than a direct and uncontroversial application of the institution of legislation.” (LE: 123).

³¹⁰ “So the distinguishing claim of conventionalism, that law is limited to what has been endorsed by legal conventions, might seem ambiguous. We can expose the ambiguity by introducing some technical distinctions. We define the ‘extension’ of an abstract convention, like courtesy or legislation or precedent, as the set of judgments or decisions that people who are parties to the convention are thereby committed to accept. Now we distinguish between the ‘explicit’ and the ‘implicit’ extensions of a convention. The explicit extension is the set of propositions which (almost) everyone said to be a party to the convention actually accepts as part of its extension. The implicit extension is the set of propositions that follow from the best or soundest interpretation of the convention, whether or not these form part of the explicit extension.” (LE: 123).

extensão explícita das convenções jurídicas; e o convencionalismo “fraco”, segundo o qual a lei em vigor inclui também a extensão implícita dessas convenções³¹¹.

O convencionalismo estrito, segundo Dworkin, não se ajusta à noção de direitos fundamentais, porque a extensão explícita das convenções fornece escasso conteúdo relevante para a decisão de casos concretos. Se a lei em vigor se resumisse àquilo que é incontroverso, então somente poderia ser considerada como parte da lei a proposição jurídica que satisfizesse uma série de condições similar à seguinte:

(...) [I]f the words of a statute admit of only one meaning, no matter in what context they are uttered, and if we have no reason to doubt that this is the meaning understood by all the legislators who voted for or against the statute or abstained, and the statute so understood achieves no results not intended by all those who voted for it and would be so understood by all the members of the public to whom it is addressed, and could not be thought by any sensible person to violate any of the substantive or procedural constraints of the Constitution, or otherwise offend any widely held view about fairness or efficiency in legislation, then the propositions contained in that statute, understood in that way, are part of the community's law³¹².

Se as fontes do direito tivessem de ser compreendidas desse modo, não faria sentido algum que as autoridades judiciárias despendessem tanto tempo e esforço esquadrihando as leis e os precedentes jurisprudenciais em busca de respostas “implícitas” para os casos concretos³¹³.

O convencionalismo fraco, por seu turno, já não é propriamente uma forma de convencionalismo, porque os juristas divergem profundamente sobre a

³¹¹ “Now we can distinguish what might seem to be two forms or versions of conventionalism. The first, which we might call ‘strict’ conventionalism, restricts the law of a community to the explicit extension of its legal conventions like legislation and precedent. The second, call it ‘soft’ conventionalism, insists that the law of a community includes everything within the implicit extension of these conventions.” (LE: 124).

³¹² LE: 124-125.

³¹³ “Strict conventionalism fails as an interpretation of our legal practice even when – especially when – we emphasize its negative part. It fails for the following paradoxical reason: our judges actually pay more attention to so-called conventional sources of law like statutes and precedents than conventionalism allows them to do. A self-consciously strict conventionalist judge would lose interest in legislation and precedent at just the point when it became clear that the explicit extension of these supposed conventions had run out.” (LE: 130).

extensão implícita das convenções jurídicas. Além disso, determinar a melhor interpretação dessas convenções envolve não apenas compreender o seu significado isolado, mas também compreendê-las no contexto mais amplo da prática jurídica como um todo. O convencionalismo fraco é, nesse aspecto, apenas uma versão rudimentar da concepção da lei como integridade³¹⁴.

Para voltar à terminologia juspositivista, o problema apontado por Dworkin decorre de uma certa ambiguidade da expressão “fontes do direito”. Quando essa expressão é utilizada para designar alguns tipos de prática jurídica, como as da legislação e dos precedentes judiciais, o seu significado é suficientemente abstrato para atrair a adesão da generalidade dos juristas, porém, nesse caso, as fontes pouco ou nada dizem de concreto. Quando se indaga pelo que *dizem* as fontes do direito, o seu significado somente pode ser determinado pela interpretação dessas fontes e isso requer a atitude moral-interpretativa que Dworkin denomina de “integridade”.

2. O problema das fontes do direito

2.1. Juspositivismo e legalidade

A relação entre o conceito doutrinal de lei e a noção de fontes do

³¹⁴ “I hope it is now apparent that soft conventionalism is not really a form of conventionalism at all (...) My initial descriptions of conventionalism, in the last chapter and earlier in this one, did not fit it, as we can now see; they fit only strict conventionalism. It is, rather, a very abstract, underdeveloped form of law as integrity.” (LE: 127-128).

direito pode também ser compreendida, segundo Dworkin, à luz do ideal de legalidade (*legality*). Esse ideal exige dos órgãos estatais, no exercício do poder coercitivo, a observância de certos padrões de conduta estabelecidos com antecedência³¹⁵. Uma concepção de legalidade (isto é, do conceito de lei como ideal) envolve, portanto, uma concepção sobre qual o dever das autoridades políticas (isto é, sobre o conceito de lei no sentido doutrinal).

A legalidade tem duas dimensões. De um lado, as decisões políticas referentes ao exercício do poder coercitivo devem ser tomadas em conformidade com os esquemas institucionais e a história da comunidade; devem satisfazer, em outras palavras, um ideal de “lisura procedimental” (*procedural fairness*). De outro lado, elas devem também expressar, no mais alto grau permitido pela lisura procedimental, as exigências do ideal de justiça substantiva (*substantive justice*)³¹⁶.

³¹⁵ “*Legality is engaged, we might say, when political officials deploy the state’s coercive power directly against particular persons or bodies or groups – by arresting or punishing them, for example, or forcing them to pay fines or damages. Legality insists that such power be exercised only in accordance with standards established in the right way before that exercise. But that abstract formulation is, on its own, almost entirely uninformative: it remains to be specified what kinds of standards satisfy legality’s demands, and what counts as a standard’s having been established in the right way in advance.*” (JR: 169-170).

³¹⁶ “*It is analytically useful to distinguish different dimensions or aspects of any working theory [of law]. It will include convictions about both fit and justification. Convictions about fit will provide a rough threshold requirement that an interpretation of our own law must meet if it is to be eligible at all. Any plausible working theory would disqualify an interpretation of our own law that denied legislative competence or supremacy outright or that claimed a general principle of private law requiring the rich to share their wealth with the poor. (...) Different judges will set this threshold differently. But anyone who accepts law as integrity must accept that the actual political history of his community will sometimes check his other political convictions in his overall interpretive judgment. If he does not – if his threshold of fit is wholly derivative from and adjustable to his convictions of justice, so that the latter automatically provide an eligible interpretation – then he cannot claim in good faith to be interpreting his legal practice at all. (...) Hard cases arise, for any judge, when his threshold test does not discriminate between two or more interpretations of some statute or line of cases. Then he must choose between eligible interpretations by asking which shows the community’s structure of institutions and decisions – its public standards as a whole – in a better light from the standpoint of political morality.*” (LE: 255-256). “*I offer my own book, ‘Law’s Empire’, as a more elaborate example of what, at least in effort, I have in mind. I did not emphasize the word ‘legality’ there, but I did appeal to the value: I said that a philosophical theory of law must begin in some understanding of the point of legal practice as a whole. (...) I warned that ‘fit’ and ‘justification’ are only names for two rough dimensions of interpretation, and that further refinement would require a more careful analysis of other, discrete political values through which to understand these dimensions more thoroughly, so that we might see, for example, how to integrate them in an overall judgment of interpretive superiority when they pull in opposite directions. The key political concepts that must be explored in that way, it*

Por conseguinte, a elaboração de uma teoria da legalidade tem de dar conta, a um só tempo, dos procedimentos a serem observados pelas autoridades políticas e do conteúdo que devem ter as decisões resultantes desses procedimentos.

O juspositivismo, nessa perspectiva, é uma teoria da legalidade³¹⁷. Para o filósofo norte-americano, o que existe em comum entre as várias teorias juspositivistas é a ênfase dada à relação entre legalidade e eficiência. A legalidade serve, segundo essa visão, à implementação eficiente de políticas públicas mediante a coordenação da ação coletiva. Uma vez que a legislação é um importante instrumento para a obtenção desse resultado, a concepção juspositivista de legalidade realça também a noção de autoridade³¹⁸: os órgãos judiciais agem em maior consonância com a legalidade quanto mais fiéis se mantêm à autoridade (e ao conteúdo) das leis.

A teoria dworkiniana, em contrapartida, dá maior ênfase à relação entre legalidade e integridade. O ideal de legalidade exige que as autoridades governem segundo um conjunto de princípios aplicável igualmente a todos³¹⁹. Dworkin reconhece a importância da eficiência como parte do ideal de legalidade, mas sustenta que a eficiência não pode ser promovida à custa da igualdade de

now seems to me, are those of procedural fairness, which is the nerve of the dimension of fit, and substantive justice, which is the nerve of political justification.” (JR: 171).

³¹⁷ “Nor can there be much doubt about the connection between the value of legality with the problem of identifying true or valid claims of law. Conceptions of legality differ, as I said, about what kinds of standards are sufficient to satisfy legality and in what way these standards must be established in advance; claims of law are claims about which standards of the right sort have in fact been established in the right way. A conception of legality is therefore a general account of how to decide which particular claims of law are true: Hart’s sources thesis is a conception of legality.” (JR: 170).

³¹⁸ “As positivists from Hobbes to Hart have pointed out, and as history has amply confirmed, political authority makes policy and coordination possible, and though policy and coordination may not work to everyone’s benefit, they often, perhaps even usually, do.” (JR: 179).

³¹⁹ “This is political integrity, which means equality before the law, not merely in the sense that the law is enforced as written, but in the more consequential sense that government must govern under a set of principles in principle applicable to all.” (JR: 176).

consideração e respeito devida a cada um dos cidadãos³²⁰. O contraste entre eficiência e integridade faz ressoar novamente a metáfora dos “trunfos”: os direitos fundamentais prevalecem sobre as políticas públicas na mesma medida em que a integridade prevalece sobre a eficiência.

A esses dois modos de compreender a legalidade correspondem duas concepções sobre o ideal de “governo da lei” (*rule of law*), normalmente traduzido entre nós (não sem o risco de produzir graves mal entendidos) de “estado de direito”. Dworkin distinguiu essas duas concepções em *Political Judges and the Rule of Law* (Capítulo 1 de **MP**). O “governo da lei” pode ser compreendido como um ideal de governo por regras (*the “rule-book” conception*) ou como um ideal que exige o reconhecimento dos direitos fundamentais (*the “rights” conception*). A primeira concepção sustenta que a força pública não deve ser exercida contra os cidadãos senão em conformidade com um código de regras disponível a todos³²¹. O conteúdo das leis é posto em segundo plano, porque o ideal pode ser alcançado mesmo que as regras do “código” sejam injustas³²².

A segunda concepção afirma, por seu turno, que os cidadãos são detentores de direitos morais e que esses direitos devem ser reconhecidos na lei positiva de modo que possam ser reivindicados sempre que necessário pelos cidadãos perante as autoridades judiciais³²³. Essa concepção inclui o ideal de

³²⁰ “Arbitrary coercion or punishment violates that crucial dimension of political equality, even if, from time to time, it does make government more efficient.” (*Ibidem*).

³²¹ “There are, in fact, two very different conceptions of the rule of law, each of which has its partisans. The first I shall call the ‘rule-book’ conception. It insists that, so far as is possible, the power of the state should never be exercised against individual citizens except in accordance with rules explicitly set out in a public rule book available to all.” (**MP**: 11).

³²² “Those who have this conception of the rule of law do care about the content of the rules in the rule book, but they say that this is a matter of substantive justice, and that substantive justice is an independent ideal, in no sense part of the ideal of the rule of law.” (*Ibidem*).

³²³ “I shall call the second conception of the rule of law the ‘rights’ conception. (...) It assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against the state as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law, so that they

justiça: a lei deve ser tão justa quanto possível³²⁴. A legislação, nessa perspectiva, continua a ser fonte de direito em um certo sentido – as pessoas têm um direito moral, ao menos *prima facie*, de que os tribunais adjudiquem os direitos instituídos pelo legislador –, mas não é a fonte *exclusiva* dos direitos morais reivindicáveis em juízo³²⁵.

2.2. Juspositivismo e autoridade política

A análise dos ideais de legalidade e de “governo da lei” sugere a existência de uma profunda incompatibilidade entre o juspositivismo e a noção de direitos fundamentais. Uma das características essenciais desses direitos, por nós denominada no Capítulo II de “extralegalidade”³²⁶, parece estar, com efeito, em franca contradição com a tese de que as “fontes do direito são as únicas fontes *dos direitos*”. A legislação, as decisões judiciais e os outros fatos sociais comumente qualificados como “fontes do direito” devem, por isso, ser compreendidos não como “fontes” no sentido doutrinal (isto é, como critérios para afirmar a existência ou inexistência de direitos), mas sim como tentativas de realizar institucionalmente uma concepção de justiça que expressa, desde logo, uma pletora de direitos morais cuja existência independe de previsão expressa em qualquer dos referidos fatos sociais.

may be enforced upon the demand of individual citizens through courts or other judicial institutions of the familiar type, so far as this is practicable.” (MP: 11).

³²⁴ “The rule of law on this conception is the ideal of rule by an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish, as the rule-book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary it requires, as part of the ideal of law, that the rules in the rule book capture and enforce moral rights.” (MP: 11-12).

³²⁵ “In a democracy, people have at least a strong *prima facie* moral right that courts enforce the rights that a representative legislature has enacted. (...) But though the rights model concedes that the rule book is in this way a source of moral rights in court, it denies that the rule book is the exclusive source of such rights.” (MP: 16).

³²⁶ Veja Capítulo II, Seção 4.

É possível então afirmar, a título de síntese do que dissemos até aqui, que a teoria dworkiniana dos direitos fundamentais apoia-se em três teses “antipositivistas”: (i) o conteúdo da lei em vigor não decorre das fontes do direito; (ii) o conteúdo da lei em vigor decorre, em última análise, dos seus fundamentos morais (a “moralidade política”); e (iii) os critérios morais empregados para determinar os direitos das partes em juízo integram a lei em vigor.

Cumprir notar, entretanto, que a noção de fontes do direito, quando compreendida à luz dessas teses antipositivistas, parece perder por completo o sentido originário. De fato, se o conteúdo da lei em vigor não se extrai mais das fontes do direito, e sim das razões de justiça que as precedem e justificam, as referidas fontes convertem-se em meras diretrizes para a realização do ideal de justiça substantiva. Nessa perspectiva, as leis e as decisões judiciais, exemplos típicos de fontes do direito, vigoram *na medida em que* expressam os direitos morais que justificam o exercício da autoridade política e não porque sejam atos de autoridade.

Frederick Schauer captou essa importante característica do pensamento de Dworkin mediante o contraste entre “regras” e “razões”:

The issue now appears in clearer focus. The defeasibility of rule formulations, as advocated by Dworkin and other practitioners of the art, is in fact the defeasibility of rule content, and the defeasibility of the rule content is the defeasibility of rules. And if the rules are defeasible whenever it is the case that direct application of the point behind those rules is ill-served by the rules themselves, then it is the point and not the rule that constraints. In such circumstances, the rules serve only as place-makers, or rules of thumb, indicating for us what the results of direct application of the point are likely to be, rather than constituting an independent constraint on decisions. And when rules are only rules of thumb, falling by the wayside whenever their application would diverge from the result we would reach in the absence of the specific rule, the situation can best be described as decision by reason rather than decision by rule. Insofar as such an approach informs a view of law, it seems accurate to call it a jurisprudence of reasons. Substituting a jurisprudence of reasons for a jurisprudence of rules is not only central to ‘Law’s Empire’, but has been a constant theme in

*Dworkin's work*³²⁷.

As teses de Dworkin parecem opor-se não apenas ao juspositivismo enquanto tal, mas a um aspecto importante do fenômeno jurídico que as várias teorias juspositivistas procuram explicar de modos diferentes: não é porque expressam razões de justiça que as fontes do direito existem e têm autoridade; elas existem e têm autoridade, ao contrário, para que as referidas razões de justiça não precisem ser invocadas e discutidas a todo o momento.

H. L. A. Hart traduz essa característica fundamental das fontes do direito invocando a distinção feita por Hobbes, no Capítulo XXV do *Leviatã*, entre ordens e conselhos: “Uma ordem é quando alguém diz ‘Faze isto’ ou ‘Não faças isto’, e não há lugar para esperar outra razão a não ser a vontade de quem o diz”³²⁸. Para Hart, a fórmula hobbesiana expressa o fato de que a *intenção* de quem ordena é que sua vontade se substitua à vontade do destinatário da ordem, ou seja, que a sua ordem prevaleça sobre qualquer outra razão que o destinatário da ordem tivesse para agir do mesmo ou de outro modo³²⁹.

A *ratio essendi* da ordem não é, portanto, figurar como *mais uma* dentre as razões que o seu destinatário deve sopesar ao deliberar sobre como agir, mas *afastar* essas outras razões, substituindo-se a elas. As ordens são, nas palavras de Hart, “razões para agir” dotadas de duas características essenciais: são peremptórias (*peremptory*) e valem independentemente de seu conteúdo (*content-*

³²⁷ Schauer, 1986-1987: 866.

³²⁸ Hobbes, 1997: 201.

³²⁹ “By this Hobbes meant that the commander characteristically intends his hearer to take the commander’s will instead of his own as a guide to action and so to take it in place of any deliberation or reasoning of his own: the expression of a commander’s will that an act be done is intended to preclude or cut off any independent deliberation by the hearer of the merits pro and con of doing the act.” (Hart, 1982: 253).

independent)³³⁰. Essas características são igualmente aplicáveis às fontes do direito porque dizem respeito às ordens não enquanto tais, mas enquanto *fenômenos normativos* de um certo tipo:

The relevance of the two features of command which I have stressed, namely the peremptory and content-independent character of the reasons for action to legislation and law-making events is the following. It is of course true, as I have said, that a commander's primary peremptory intention may not be realized: the person commanded may not accept the command as a peremptory reason and either may not obey the command at all or if he obeys the command he may obey only out of fear of punishment after full deliberation of the pros and cons. On the other hand, the command may be taken just as the commander intended it to be taken: the command may be accepted as such a peremptory reason so that the hearer obeys without deliberation on the merits from his point of view of what he is commanded to do. More than this, it may be that the commander, before he issues his command, has ample reason for believing that those to whom he addresses his command are generally disposed to recognize in his words (perhaps whatever he commands or perhaps only his commands within some limited field of conduct) as a peremptory reason for doing what is commanded. Such a standing recognition (which may be motivated by any of a variety of ultimate reasons) of a commander's words as generally constituting a content-independent peremptory reason for acting is a distinctive normative attitude not a mere 'habit' of obedience, and in my view this is the nucleus of a whole group of related normative phenomena, including not only the general notion of authority, legislation or law-making but many other cases where by words or deeds we are unable to bring into existence or to vary or to distinguish obligations of one sort or another³³¹.

Joseph Raz também identifica a peremptoriedade como marca distintiva da autoridade:

Orders and commands are among the expressions typical of practical authority. Only those who claim authority can command. As we saw, in requesting and in commanding the speaker intends the addressee to recognize the utterance as a reason for action. The difference is that a valid command (i.e. one issued by a person in authority) is a peremptory reason. We express this thought by saying that valid commands or other valid authoritative requirements impose obligations³³².

Ele expressa essa peremptoriedade por meio da noção de “razões

³³⁰ “This I think is precisely what is meant by speaking of a command ‘requiring’ action (...). Indeed the word ‘peremptory’ in fact just means cutting off deliberation, debate, or argument (...). I turn now to pick out a second important feature of the reasons intended to be operative when a command is given. I shall call this feature the ‘content-independent’ character of such reasons. This is a term which I used many years ago in seeking to differentiate the notion of obligation from the general notion of what morally ‘ought’ to be done. Content-independence of commands lies in the fact that a commander may issue many different commands to the same or to different people and the actions commanded may have nothing in common, yet in the case of all of them the commander intends his expressions of intention to be taken as a reason for doing them. It is therefore intended to function as a reason independently of the nature or character of the actions to be done.” (Idem: 253-254).

³³¹ Idem: 256.

³³² Raz, 1986: 37.

excludentes” (*exclusionary reasons*). Dentre as razões para agir, Raz distingue as de primeira e de segunda ordem. Um indivíduo pratica um ato “x” pela razão (de primeira ordem) “y” se ele acredita que “y” é uma razão para praticar o ato “x”. Por outro lado, um indivíduo *não* adota a razão “y” como razão de agir se pratica o ato “x” por outra razão ou se simplesmente não pratica o ato. As razões de segunda ordem são razões para agir por uma razão ou razões para não agir por uma razão. As “excludentes” são razões de segunda ordem para *não* agir pelas razões de primeira ordem aplicáveis ao caso³³³.

As razões excludentes não são apenas razões “fortes” para agir de um certo modo. Há uma razão “forte” em favor de uma conduta se ela prevalece sobre outras razões no processo de deliberação. Uma razão “forte” é uma razão de primeira ordem sopesada com outras razões do mesmo tipo no processo de deliberação. As razões excludentes operam de um outro modo. Elas bloqueiam a deliberação, afastando as razões de primeira ordem que estiverem em jogo³³⁴.

³³³ “Let us say that a person ϕ -s for the reason that p if, and only if, he ϕ -s because he believes that p is a reason for him to ϕ . A person refrains from ϕ -ing for the reason that p if, and only if, it is not the case that he ϕ -s for the reason that p. In other words, a person refrains from acting for a reason if he does not do the act or does it but not for this reason. ‘Refrains’ is used here in an extended sense which does not imply that the agent intentionally avoids acting for the reason. A second-order reason is any reason to act for a reason or to refrain from acting for a reason. An exclusionary reason is a second-order reason to refrain from acting for some reason.” (Raz, 1999: 39). “The type of reason I was particularly concerned with in exclusionary reasons: reasons not to act for certain reasons.” (Idem: 183).

³³⁴ “The presence of an exclusionary reason may imply that one ought not to act on the balance of reasons. The exclusionary reason may exclude a reason which would have been overridden anyway, but it may also exclude a reason which would have tipped the balance of reasons. When the application of an exclusionary reason leads to the result that one should not act on the balance of reasons, that one should act for the weaker rather than the stronger reason which is excluded, we are faced two incompatible assessments of what ought to be done. This leads normally to a peculiar feeling of unease, which will show itself when we wish to censure a person who acted on the balance of reasons for disregarding the exclusionary reason and when we have to justify someone’s acting on an exclusionary reason against claims that the person concerned should have acted on the balance of reasons. These two types of situation provide the test case for the presence of exclusionary reasons precisely because it is in these situations that their presence makes a difference to the practical conclusion.” (Idem: 41). “Exclusionary reasons are used to explain cases in which, though there may be no doubt what ought, all things considered, to be done, we believe that the defeated reason is not merely overridden. It represents a different way of assessing what ought to be done.” (Idem: 44-45).

As regras são “razões protegidas”, ou seja, elas incluem (i) uma razão de primeira ordem para empreender uma conduta; e (ii) uma razão excludente que afasta todas as demais razões de primeira ordem que dizem respeito a essa conduta³³⁵. Atos de autoridade são regras obrigatórias.

Aqueles que aceitam uma autoridade como legítima o fazem confiando em que seguir as suas diretivas no âmbito de conduta por ela disciplinado contribuirá mais para que todos se comportem racionalmente do que se deliberassem individualmente sobre o que fazer. As situações em que a autoridade é tipicamente necessária são as do tipo “dilema do prisioneiro” (isto é, aquelas em que a deliberação isolada tende a desfavorecer o interesse individual) e as que exigem coordenação da ação coletiva para o bem comum³³⁶. Nesses casos, conforme explica John Finnis em uma fórmula elegante e sucinta, há apenas duas alternativas: “unanimidade ou autoridade”³³⁷.

Voltamos agora às teses antipositivistas de Dworkin. Vamos primeiro recordá-las brevemente: (i) o conteúdo da lei em vigor não decorre das fontes do direito; (ii) o conteúdo da lei em vigor decorre, em última análise, da moralidade política; e (iii) os critérios morais empregados para determinar os direitos das partes

³³⁵ “Rules and commitments are what I call protected reasons, i.e. a systematic combination of a reason to perform the act one has undertaken to perform, or the one required by the rule, and an exclusionary reason not to act for certain reasons (for or against that act).” (Idem: 191).

³³⁶ “Necessarily the attitude of those who accept the legitimacy of an authority is one of reasoned trust. We have reasons to take the authority’s ruling as evidence that there are adequate reasons to do as we are told. The authorities directives become our reasons. While the acceptance of the authority is based on belief that its directives are well-founded in reason, they are understood to yield the benefits they are meant to bring only if we do rely on them rather than on our own independent judgment of the merits of each case to which they apply. That is the whole point of admitting that the decision-making power should be with the authority.” (Idem: 193). “The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them.” (Raz, 1994: 214). “The simplest and most written-about way in which the law achieves such goals revolves around its ability to secure coordinated conduct that solves, so to speak, what are known as coordination problems and prisoner’s dilemma problems.” (Raz, 2009(2): 192).

³³⁷ “There are, in the final analysis, only two ways of making a choice between alternative ways of coordinating action to the common purpose or common good of any group. There must be either unanimity, or authority. There are no other possibilities.” (Finnis, 1980: 232).

em juízo integram a lei em vigor.

Pois bem. Para melhor contrastá-las com a noção de autoridade defendida pelos juspositivistas, vamos nos servir de alguns exemplos extraídos da legislação brasileira.

1. A lei e as fontes do direito. Consideremos o que diz o art. 5º, II, da Constituição Federal brasileira:

Art. 5º. (...) II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O sentido do enunciado é doutrinal em um certo aspecto, porque estabelece uma condição necessária para afirmar que alguém está juridicamente obrigado a fazer ou deixar de fazer algo. Todavia se a palavra “lei” fosse aí entendida também no sentido doutrinal (isto é, como o conjunto das proposições jurídicas verdadeiras no sistema jurídico brasileiro), o preceito constitucional resultaria em uma tautologia: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão aquilo que não estiver enunciado nas proposições jurídicas verdadeiras no sistema jurídico brasileiro”, ou seja, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão aquilo que estiver obrigado a fazer ou deixar de fazer”.

Um enunciado tão importante não pode ser tautológico; é mais bem compreendido como um regra que atribui autoridade ou competência para criar obrigações a certas instituições sociais com poder de legislar (por metonímia, à “lei”). Nesse caso, contudo, o aspecto doutrinal do enunciado torna-se um exemplo legislado da tese juspositivista das “fontes sociais”: no sistema jurídico brasileiro, toda obrigação deve decorrer dos atos emanados dos órgãos com poder de editar leis (ou atos equiparados às leis).

2. O conteúdo da lei e a moralidade política. O art. 5º da Lei de Biossegurança, conforme vimos no Capítulo IV, determina as seguintes condições para que as células-tronco de um embrião humano, produzido por fertilização *in vitro*, possam ser utilizadas para fins de pesquisa: (i) os embriões devem ser inviáveis e estar congelados há pelo menos três anos; (ii) deve haver o consentimento dos genitores; (iii) o projeto de pesquisa deve ser submetido a um comitê de ética; e (iv) os embriões não podem ser fruto de material biológico comercializado. Para compreender essas condições e, por conseguinte, o significado da decisão legislativa, não é necessário conhecer as razões que as motivaram. Elas podem ser observadas, sem necessidade de um juízo moral independente, por quem quer que decida fazer pesquisas com células-tronco embrionárias. Os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal só tomaram conhecimento mais detalhado dessas razões depois de diversas audiências públicas e de manifestações de *amici curiae*.

3. Direitos determinados por critérios morais não-jurídicos. Até o ano de 2005, o Código Penal brasileiro definia o crime de “posse sexual mediante fraude” nos seguintes termos: “ter conjunção carnal com mulher honesta”. Nos casos em que era incontroversa a ocorrência da conjunção carnal e da fraude, o direito da mulher à indenização civil decorrente do ilícito criminal dependia *exclusivamente* de um critério moral não jurídico.

Não queremos afirmar categoricamente que esses exemplos estejam em contradição com a teoria dworkiniana. O nosso propósito é apenas chamar a atenção para o fato de que a disputa entre Dworkin e os juspositivistas é inconclusiva. Cada um dos exemplos citados, se observados no aspecto que apontamos, *parece* refutar a teoria dworkiniana e confirmar a tese das “fontes

sociais”.

O que dizer então das duas grandes objeções de Dworkin ao juspositivismo: a refutação da tese da discricionariedade em sentido forte e do convencionalismo? Há duas coisas a dizer.

1) Em *Model of Rules I*, Dworkin concentrou o seu ataque na noção de discricionariedade “em sentido forte”. Uma das versões “fracas”, a discricionariedade como “poder de decidir em caráter definitivo”, foi considerada irrelevante para o argumento. Entretanto, é justamente essa noção descartada como irrelevante que guarda relação direta com o conceito de autoridade política que examinamos acima. Com efeito, a decisão de uma autoridade política vale até ser revista por *outra autoridade política*. É isso o que explica a insistência dos juspositivistas em dizer que a validade de uma decisão não se confunde com o seu acerto. A decisão de um tribunal é uma decisão de autoridade porque *vale mesmo que errada*³³⁸.

2) Em *Law's Empire*, a argumentação de Dworkin contra o chamado “convencionalismo” apoia-se no modo como ele definiu as “instituições sociais” dotadas de autoridade. Conforme vimos na seção 1 deste Capítulo, o filósofo norte-americano afirmou que tais instituições eram “práticas sociais” e citou como exemplos as “práticas” da legislação e dos precedentes. Todavia, assim como a prática de fabricar automóveis não se confunde com os automóveis fabricados, a “prática” da legislação e a “prática” dos precedentes não se confundem com as leis e as decisões judiciais. Os juristas frequentemente divergem sobre o real significado desses atos de autoridade, mas a sua opinião de nada vale se não for encampada

³³⁸ “The fact that a court may make a binding decision does not mean that it cannot err. It means that its decision is binding even if it is mistaken. My declaration of the legal situation is not binding at all because it is not binding if it is mistaken. To be a binding application of a norm means to be binding even if wrong, even if it is in fact a misapplication of the norm.” (Raz, 2009(1): 108).

por uma nova decisão de autoridade. A opinião daqueles que consideravam totalmente inconstitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança tem pouco valor hoje, ao menos no que se refere à lei em vigor. Eis a razão pela qual os juspositivistas (e os juristas com eles) insistem em distinguir *lex lata* e *lex ferenda*³³⁹: uma importante função da lei é marcar o momento em que as opiniões privadas de alguns indivíduos ou grupos tornam-se decisões vinculantes para todos os membros da comunidade, mesmo os discordantes³⁴⁰.

2.3. Autoridade e direitos fundamentais

Resta, por fim, indagar: a noção de direitos fundamentais é compatível com as concepções juspositivistas de autoridade política e de fontes do direito? Supondo que alguém decidisse rejeitar a teoria dworkiniana em favor do juspositivismo, seria necessário também rejeitar, junto com ela, a noção de direitos fundamentais?

Não é nosso propósito neste trabalho tratar a fundo desse assunto. Vamos apenas entrever uma possível resposta examinando brevemente o que Joseph Raz diz a respeito do tema no ensaio *Incorporation by Law*.

³³⁹ “(...) [T]here is the distinction between settled and unsettled law. All lawyers know that on some questions the law is unsettled.” (Raz, 2009(1): 49).

³⁴⁰ “It is an essential part of the function of law in society to mark the point at which a private view of members of the society, or of influential sections or powerful groups in it, ceases to be their private view and becomes (i.e. lays a claim to be) a view binding on all members notwithstanding their disagreement with it.” (Idem: 51). “The difference between a court and a private individual is not merely that courts are provided with better facilities to determine the facts of the case and the law applying to them. Courts have power to make an authoritative determination of people’s legal situation. Private individuals may express their opinion on the subject but their views are not binding.” (Idem: 108).

Raz começa por assumir uma posição semelhante à de Dworkin no que se refere à relação entre lei e moralidade: os juízes estão *moralmente* obrigados a aplicar a lei³⁴¹. Não há, aqui, qualquer embaraço para o juspositivista. Como homens, os juízes estão sujeitos às normas morais. Ora, os princípios que estabelecem a legitimidade da lei e o direito das autoridades políticas de governar são princípios morais³⁴². Logo, a questão fundamental no tocante à relação entre lei e moralidade é: dado que a moralidade aplica-se a todos os seres humanos, como é possível compreender a lei desde dentro da moralidade, isto é, a partir de um ponto de vista moral³⁴³?

Ora, se os juízes já estão sujeitos à moralidade, a existência da lei só se justifica se ela de alguma forma excluir ou modificar a aplicação dos princípios morais. É isso precisamente o que ocorre. A lei se põe no lugar da moralidade, excluindo-a³⁴⁴. Isto não significa, entretanto, que a lei exclua também os princípios morais que a legitimam. É a própria moralidade, por assim dizer, que permite a

³⁴¹ Supondo-se, evidentemente, que a lei seja legítima.

³⁴² “To repeat, that is why judges are subject to morality. Morality, unlike the law or the norms governing the university or any other social institution, is not a system of rules. Talking of morality is just a way of talking of some of the reasons that people have. They apply to whomever they address.” (Raz, 2009(2): 184). “It is well understood that no one can impose a duty on another just by expressing his will that the other have that duty. If governments can do so, this can only be because and to the extent that there are valid principles that establish their right to do so. Those principles establishing the legitimacy of man-made laws and of the governments that make them, are themselves, whatever else they are, moral principles.” (Idem: 188).

³⁴³ “But – and this is my point – where the law is normatively valid, it is so in virtue of a moral principle, and therefore if we take the law to be normatively valid we cannot construe its requirements as constituting a point of view independent of morality, a point of view that represents a separate normative concern that has nothing to do with morality, and then ask whether it recognizes morality as applying to its officials. The boot is on the other foot; the question is whether morality, which applies to all humans simply because they are humans, has room for the law. How can morality accommodate the law within it?” (Idem: 189).

³⁴⁴ “As it turns, inclusion is made possible by the ability of the law legitimately to exclude and modify the application of morality. (...) Think about it: judges are bound by morality. So, absent any law, they would decide the case on the basis of moral considerations. Does it not follow that where there is law, it either makes no difference to their decisions or it forces them to deviate from what they would do on the basis of morality alone – that it in effect excludes morality? Is it not the case that whenever the law makes a difference to the outcome, it excludes morality? If it is the purpose of the law to make a difference to our life, does it not follow that its realization of its purpose depends on its ability to exclude morality?” (Idem: 190-191).

exclusão da moralidade³⁴⁵.

A “exclusão” tem aí um sentido metafórico. O que se dá, na realidade, é a alteração do modo como a moralidade se aplica³⁴⁶. Raz menciona três formas pelas quais a aplicação da moralidade é alterada pela lei:

1) a lei torna mais concretas certas exigências morais, facilitando o seu cumprimento pelos indivíduos, que deixam de ter o ônus (e também o direito) de decidir sobre o que é moralmente exigido nos casos disciplinados por lei³⁴⁷;

2) a lei tende a reforçar e a tornar mais uniforme o cumprimento das obrigações morais³⁴⁸;

3) a lei facilita a obtenção de certos objetivos morais ou situações moralmente desejáveis (os bens da civilização, como os contratos, as empresas, a propriedade intelectual etc.), pois torna possível a coordenação da ação coletiva e a organização de estruturas institucionais complexas³⁴⁹;

O que se quer dizer quando se afirma que a lei “incorpora” referências

³⁴⁵ “It would follow that if it is both legitimate and excludes morality, there is no problem, for the exclusion is morally permissible.” (Idem: 191).

³⁴⁶ “It is time to abandon the dramatic metaphor of the law excluding morality. What happens – and remember, we are talking here of morally legitimate only – is that the law modifies the way morality applies to people.” (Idem: 192).

³⁴⁷ “First, the law concretizes general moral considerations, determining, for those to whom it applies, what bearing these considerations have on their lives. It takes away from individuals the right and the burden of deciding in various circumstances how morality bears on the situation – what exactly it requires.” (Ibidem).

³⁴⁸ “Second, in giving moral considerations concrete and public form, the law also makes their relatively uniform and relatively assured enforcement possible, making reliance on them more secure and preventing unfairness in relations between conformers and non-conformers.” (Ibidem).

³⁴⁹ “Third, it makes moral goals and morally desirable conditions easier to achieve and sometimes it makes possible what would be impossible without it. The simplest and most written-about way in which the law achieves such goals revolves around its ability to secure coordinated conduct that solves, so to speak, what are known as coordination problems and prisoner’s dilemmas problems. But there is much more to this story than these relatively simple tales. Even fairly straightforward legal institutions, such as contract law, enable the creation of business relationships that would not exist outside institutional contexts. Needless to say, neither corporations nor intellectual property could exist, except in rudimentary ways, outside the law.” (Ibidem).

à moralidade, tal como nos casos dos direitos fundamentais? Asseverar que a lei “incorpora” princípios morais não é exato. Não haveria por que fazê-lo se os homens já estão de qualquer modo submetidos à moralidade. Raz sustenta que as referências da lei à moralidade são uma forma de *modular* a aplicação jurídica usual dos padrões morais³⁵⁰. Quando uma carta constitucional faz referência a direitos fundamentais como a liberdade de expressão, estabelece, a um só tempo, (i) os limites ao poder de legislar sobre aquela esfera da moralidade; (ii) a competência do poder judiciário de garantir a observância desses limites; e (iii) a competência do poder judiciário de, ao julgar a observância desses limites, estabelecer, ele próprio, modificações naquele campo protegido da moralidade. Os direitos fundamentais são mecanismos instituídos para limitar e redistribuir competências entre os poderes do Estado³⁵¹.

3. Lei e moralidade

Para resumir e concluir a nossa exposição neste Capítulo, parece-nos possível dizer que a polêmica entre Dworkin e os juspositivistas revela duas

³⁵⁰ “I believe that so-called ‘incorporating’ reference to morality belongs, with conflicts-of-law doctrines, to a non-incorporating form of giving standards legal effect without turning them into part of the law of the land. (...) What is the point of provisions giving effect to moral considerations if judges are subject to morality anyway? The point is that such references help the law modulate its intervention in and modification of the way moral considerations affect us.” (Idem: 195).

³⁵¹ “When the Constitution ‘incorporates’ a moral consideration, such as freedom of speech, it sets limits to the power of Congress and other law-makers to modify this aspect of morality. References to moral considerations in constitutions are typically not cases of the incorporation of morality but blocks to its exclusion or modification by ordinary legislation. (...) Judicial review not only makes the block to the exclusion or modification of constitutionally protected moral considerations by legislation enforceable; in addition in conferring on the courts powers to enforce that block, it gives them, when adjudicating on the compatibility of legislation with the constitutionally protected moral considerations, the power to modify the application of those moral considerations themselves. So a second use of so-called incorporation of morality into law is to allocate powers among law-making institutions.” (Idem: 196).

concepções distintas de autoridade política. O filósofo norte-americano sustenta que a autoridade política e a lei existem para concretizar os direitos morais dos cidadãos. É desses direitos morais, portanto, que a lei extrai o seu fundamento e o seu conteúdo. Um sistema jurídico é tanto mais legítimo quanto maior a responsabilidade com que as suas autoridades buscam realizar concretamente aqueles direitos.

Os juspositivistas sustentam, por outro lado, que a função da lei é *substituir* a aplicação direta da moralidade nos âmbitos da conduta humana em que os direitos morais não guiariam a ação individual de um modo moralmente desejável. A autoridade política existe justamente para os casos em que, dada a complexidade da vida social, (i) seria muito mais difícil e custoso para os indivíduos estabelecerem, por conta própria, as exigências da moralidade; (ii) não se poderia esperar o cumprimento espontâneo e uniforme de algumas obrigações morais; e (iii) não seria possível estabelecer um estado de coisas moralmente desejável sem a coordenação da ação coletiva ou a organização de estruturas institucionais complexas por meio de uma autoridade comum. Nessa perspectiva positivista, o grau de legitimidade da lei varia de acordo com a eficiência com que o sistema jurídico obtém para seus cidadãos os benefícios mencionados.

Do contraste entre essas duas concepções de autoridade emergem dois modelos da relação entre lei e moralidade. Para Dworkin, os direitos morais dos indivíduos continuam a ocupar, a todo momento, o mesmo espaço que teriam na ausência da lei. A sua presença se faz sentir igualmente desde os mais remotos fundamentos de legitimidade do sistema jurídico até a mais concreta afirmação de um direito individual perante os tribunais. Os direitos morais estão para a lei como a luz do sol está para as coisas visíveis: sem eles a lei se torna incompreensível e não é possível atribuir direitos legais concretos às pessoas. A autoridade política existe

principalmente para realizar os direitos morais que as pessoas já têm.

Os juspositivistas afirmam, por sua vez, que os direitos legais substituem os direitos morais para melhor assegurar a aplicação da moralidade. Os princípios morais têm força total quando se trata de afirmar ou negar a legitimidade do sistema jurídico, mas só se aplicam no interior desse sistema nos espaços que lhes são deixados pela lei. Mesmo nesses casos, entretanto, a lei intervém para fixar o conteúdo concreto dos direitos morais das pessoas, de modo a reforçar a sua observância e garantir que sejam uniformemente aplicados. Por conseguinte, a autoridade política existe para (i) atribuir às pessoas direitos que elas não teriam se estivessem submetidas tão somente à moralidade; e (ii) determinar o conteúdo concreto dos direitos morais das pessoas nos casos em que isso se mostra necessário para assegurar o respeito a esses direitos e a sua aplicação uniforme.

VI. CONCLUSÃO

Nesta dissertação, examinamos a teoria de Ronald Dworkin sobre a natureza dos direitos fundamentais como uma teoria conceitual-normativa que tem por objetivo investigar a natureza dos referidos direitos e a sua relação com a lei, a jurisdição, a imoralidade e a desobediência civil.

Vimos que existem pelo menos duas formas de abordar o problema da natureza dos direitos em geral – o método analítico e o método substantivo – e que a teoria dworkiniana consiste em uma abordagem substantiva dos direitos fundamentais. Dworkin afirma que esses direitos são “trunfos” que os indivíduos detêm sobre os interesses coletivos. Após o exame da teoria dos direitos morais de John Stuart Mill e a constatação de que o utilitarismo não explica adequadamente os ideais de igualdade e de imparcialidade nele mesmo contidos, a metáfora dos “trunfos” ganhou um significado mais profundo: a prevalência do justo sobre o útil. Os direitos fundamentais são “trunfos” sobre os interesses coletivos porque são razões de justiça ou “princípios” que prevalecem sobre a utilidade geral.

Em seguida, tratamos da relação entre os direitos fundamentais e a lei. Observamos que, para Dworkin, a obrigação de obedecer à lei deriva do dever que as autoridades políticas têm de concretizar com a máxima responsabilidade os direitos morais dos cidadãos. Dissemos que esses direitos morais expressam a dignidade humana entendida como “igualdade de consideração e respeito”. Passamos, depois, ao tema da especificação dos direitos fundamentais. Verificamos a importância da tese dworkiniana de que somente são direitos genuínos aqueles

reivindicáveis em juízo. Utilizamos a taxonomia elaborada no famoso ensaio *Hard Cases* (direitos de fundo e direitos institucionais; direitos abstratos e direitos concretos) para mostrar que os direitos fundamentais adquirem conteúdo concreto por meio de uma teoria explicativa do modo pelo qual decorrem dos direitos abstratos. Vimos, em outras palavras, que os direitos concretos são *concepções* dos direitos abstratos.

Abordamos, na sequência, a relação entre os direitos fundamentais, a imoralidade e a desobediência civil. Verificamos que os direitos fundamentais são direitos em “sentido forte”, porque podem ser exercidos mesmo contra a moralidade predominante e as leis ilegítimas. Vimos que o tema da desobediência civil guarda relação com a incerteza sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. Observamos que Dworkin distingue cinco espécies de desobediência civil, com diferentes graus de legitimidade, e que a violação da lei, mesmo quando cometida de boa-fé, não isenta de punição o desobediente, apesar de recomendar que a persecução e a sanção sejam ajustadas à gravidade do ilícito. A exposição panorâmica da teoria de Ronald Dworkin nos permitiu concluir que os direitos previstos em uma carta constitucional somente são direitos fundamentais genuínos se forem também direitos institucionais em “sentido forte” e se expressarem direitos morais de fundo.

Encerramos o Capítulo IV com uma digressão sobre duas causas importantes apresentadas ao Supremo Tribunal brasileiro acerca do direito à vida: a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias autorizada pelo art. 5º da Lei de Biossegurança e a constitucionalidade do crime de aborto nos casos de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Expusemos brevemente os termos em que esses assuntos foram discutidos na Corte Suprema e analisamos os argumentos ali apresentados à luz de alguns dos conceitos estudados nesta

dissertação.

No Capítulo V, tratamos da suposta incompatibilidade entre as teorias juspositivistas e a noção de direitos fundamentais. A partir da análise de duas importantes críticas dirigidas por Dworkin à teoria de H. L. A. Hart (a crítica contra a discricionariedade judicial e ao positivismo entendido como “convencionalismo”), isolamos no centro da disputa a chamada “tese das fontes”. A teoria dworkiniana parece negar a própria noção de fontes do direito, enquanto os juspositivistas continuam a afirmá-la com base na análise do fenômeno da autoridade política. O debate se mostrou inconclusivo. A noção de direitos fundamentais não se revelou incompatível com a noção de fontes do direito ou com as teorias juspositivistas.

Ao final do capítulo, vimos que as diferentes concepções de autoridade política sustentadas por Dworkin e pelos juspositivistas resultam em diferentes modelos da relação entre lei e moral. Para o filósofo norte-americano, os direitos morais permeiam todo o sistema jurídico. É deles que a lei extrai o seu fundamento de legitimidade e o seu conteúdo concreto. A autoridade política existe principalmente para realizar os direitos morais que as pessoas já têm. Os positivistas, por sua vez, afirmam que os direitos legais substituem os direitos morais e que, embora os princípios morais tenham força total quando se trata de afirmar ou negar a legitimidade do sistema jurídico, eles só se aplicam no interior desse sistema nos espaços que lhes são deixados pela lei. Na perspectiva positivista, as funções da autoridade política são (i) atribuir às pessoas alguns direitos que elas não teriam se estivessem submetidas apenas à moralidade; e (ii) especificar o conteúdo concreto de alguns direitos morais com o propósito de reforçar o respeito a eles e assegurar a sua aplicação uniforme.

BIBLIOGRAFIA

- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Nova Iorque: Prometheus Books, 2000.
- BENTHAM, Jeremy & BOWRING, John (ed.). *"Anarchical Fallacies" in The Works of Jeremy Bentham Vol. II*. Edinburgh: William Tait, 1843, pp. 489-534.
- _____. *The Principles of Morals and Legislation*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONORINO, Pablo Raúl. *Objetividad y Verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____. *Integridad, Derecho y Justicia: Una Crítica a la Teoría Jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- DWORKIN, Ronald Myles. "Introduction" in DWORKIN, Ronald M. (ed.). *The Philosophy of Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1977, pp. 1-16.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.
- _____. "Rights as Trumps" in WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.
- _____. "A Reply by Ronald Dworkin" in COHEN, Marshall (ed.). *Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1984, pp. 247-300.
- _____. "Depoimento" in *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 1, 1984, p. 79 (disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04700620800247739754480/cuaderno1/numero1_17.pdf, consultado em 31.07.2010).
- _____. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- _____. *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. Nova Iorque: Vintage Books, 1994.
- _____. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It" in *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2. (Spring, 1996), pp. 87-139.

- _____. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- EDMUNDSON, William A. *An Introduction to Rights*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1980.
- FROHNEN, Bruce P. & GRASSO, Kenneth L. "Introduction: Rights in a Multicultural Age" in FROHNEN, Bruce P. & GRASSO, Kenneth L. (ed.). *Rethinking Rights: Historical, Political, and Philosophical Perspectives*. Columbia: University of Missouri Press, 2009, pp. 1-33.
- GALSTON, William A. "On the Alleged Right to Do Wrong: A Response to Waldron" in *Ethics* (The Chicago University Press), v. 93, n. 2 (Jan., 1983), pp. 320-324.
- GEORGE, Robert P. *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Nova Iorque, Oxford University Press, 1993.
- GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. Nova Iorque: The Free Press, 1991.
- GREEN, Michael Steven. "Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law" in *Virginia Law Review*, v. 89 (2003), pp. 1897-1952.
- GREENAWALT, Kent. "Policy, Rights, and Judicial Decision" in COHEN, Marshall (ed.). *Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa: Rowman&Allanheld, 1984, pp. 88-118.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1982.
- _____. "Are There Any Natural Rights?" in WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984, pp. 77-90.
- _____. *The Concept of Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, 2ª ed. (com um "pós-escrito" editado por Penelope A. Bulloch & Joseph Raz).

- HOBBS, Thomas. "Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil" in *Coleção Os Pensadores* (tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" in *Yale Law Journal* n. 23 (1913-1914), pp. 16-59.
- _____. "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" in *Yale Law Journal* n. 26 (1916-1917), pp. 710-770.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. "Two Treatises on Government, Book II" in *The Works of John Locke in Nine Volumes*. Londres: Rivington, 1824, 12ª ed., v. 4, pp. 338-485.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MACCORMICK, Neil. "Rights in Legislation" in HACKER, P.M.S. & RAZ, Joseph (ed.). *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1977.
- _____. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- _____. *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008, 2ª ed.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, 2ª ed.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. (Edited by Roger Crisp, with Introductory Material, Notes, Bibliography, and Index). Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.
- _____. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2005, 6ª ed. (anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval).
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
- RAZ, Joseph. "Right-based Moralities" in WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984, pp. 182-200.

- _____. *The Morality of Freedom*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986.
- _____. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, edição revista.
- _____. *Practical Reasons and Norms*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, 2ª ed. (com um novo pós-escrito).
- _____. *The Authority of Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, 2ª ed.
- _____. *Between Authority and Interpretation*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.
- RIPSTEIN, Arthur. "Introduction: Anti-Archimedeanism" in RIPSTEIN, Arthur (ed.). *Ronald Dworkin. Contemporary Philosophy in Focus*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, pp. 1-21.
- SCHAUER, Frederick. "The Jurisprudence of Reasons" in *Michigan Law Review* vol. 85 (1986-1987), pp. 847-870.
- SILVA, Virgílio Afonso da. "O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais" in *Revista de Direito do Estado* (Editora Renovar), ano 1, n. 4 (out.-dez. de 2006), pp. 23-51.
- STAVROPOULOS, Nicos. *Objectivity in Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.
- THOMSON, Judith Jarvis. *The Realm of Rights*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
- TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-1625*. Grand Rapids: William B. Eerdmans, 2001.
- TUCK, Richard. *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 2ª ed.
- WALDRON, Jeremy. "A Right to Do Wrong" in *Ethics* (The Chicago University Press), v. 92, n. 1 (Special Issue on Rights, Oct., 1981), pp. 21-39.
- _____. "Galston on Rights" in *Ethics* (The Chicago University Press), v. 93, n. 2 (Jan., 1983), pp. 325-327.
- _____. "Introduction" in WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984, pp. 1-20.

_____. "Pildes on Dworkin's Theory of Rights" in *Journal of Legal Studies*, v. 29 (Jan., 2000), pp. 301-307.

WELLMAN, Carl. *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?* Boulder: Westview Press, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations (The German text, with an English translation by G.E.M. Anscombe, P.M.S. Hacker and Joachim Schulte. Revised 4th edition by P.M.S. Hacker and Joachim Schulte)*. Malden: Blackwell, 2009.