

O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR A TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN COM A DE ALEXY?

LAW AS INTEGRITY AND THE WEIGHING OF PRINCIPLES: IS IT POSSIBLE TO MAKE DWORKIN'S THEORY OF LAW COMPATIBLE WITH ALEXY'S?

Rafael Parisi Abdouch

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar uma possível forma de compatibilizar a teoria do direito de Ronald Dworkin, especialmente à vista de sua concepção de direitos como trunfos e do direito como integridade e a teoria dos direitos fundamentais com a de Robert Alexy, que trata da ponderação. Para isso, desenvolverá pontos fundamentais vistos como incompatíveis entre ambas as teorias, procurará desfazer concepções que contaminam o debate e mostrará os limites da compatibilização que propõe.

ABSTRACT: This essay aims to present a possible way to make compatible the theory of law developed by Ronald Dworkin, especially in the light of his conception of rights as trumps and law as integrity, and the theory of the fundamental rights developed by Robert Alexy, which regards the weighing of principles. In order to do this, it will develop key aspects seen as incompatible between the two theories, as well as unmake certain preconceptions which have been contaminating the debate and will show the limits of the argument for making both theories compatible, which is proposed.

Palavras-chave: Ponderação. Integridade.

Key words: Weighing. Integrity.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretendo apresentar uma possível compatibilização entre a teoria do direito de Ronald Dworkin, especialmente à vista de sua concepção de direitos como trunfos e do direito como integridade e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que desenvolve um método de resolução de casos em que haja princípios conflitantes, o que, à primeira vista, não seria possível para Dworkin. Quero demonstrar que a aplicação da teoria de Alexy, através do sucessivo sopesamento de princípios nas decisões judiciais, vai, também, por outro prisma, definindo a extensão dos direitos e que, neste sentido, podem ser complementares. Assim, um juiz que tome uma decisão ao aplicar o “método” do jusfilósofo americano, deverá levar em consideração as decisões através do sopesamento que

foram tomadas em casos semelhantes anteriores como capítulos já escritos do “romance em cadeia” que é o direito e que o auxiliarão na definição das “fronteiras” entre os direitos-trunfo, isto é, entre é e o que não é abarcado por cada um deles.

Apresentarei, em *primeiro lugar*, uma síntese da teoria de Alexy, na medida suficiente para o que interessa ao meu argumento: sua estrutura das normas e, principalmente, a colisão de princípios e a forma de proceder com a solução de casos em que ela ocorre, desfazendo, também, algumas concepções comuns sobre a sua teoria que, a meu ver, contaminam o debate. *Em segundo lugar*, tratarei da teoria do direito elaborada por Dworkin, em que exporei sua estrutura normativa e a distinção entre normas e políticas, abordando, principalmente a sua concepção de direitos como trunfos e do direito como integridade. *Em terceiro lugar*, desenvolverei o meu argumento de que há possibilidade de compatibilizar ambas as teorias e explorarei os limites dessa compatibilização. Por fim, seguirão as minhas considerações finais.

PRINCÍPIOS E REGRAS NA OBRA DE ALEXY

Passarei a reconstituir nesta seção do meu artigo, de forma sumária, apenas na medida em que acho necessário para a construção do meu argumento, as ideias que Robert Alexy vem desenvolvendo nas suas obras sobre a possibilidade de colisão entre princípios e qual é a solução que o autor apresenta para a resolução desses casos. Em primeiro lugar, tratarei da estrutura das normas na em sua teoria do direito, que entendo ser um passo essencial para a compreensão daquela outra mais complexa.

Para a teoria do direito de Alexy, as normas dos ordenamentos jurídicos só podem assumir duas formas: a de regras e a de princípios. *Tertium non datur*.

Regras são normas que são sempre satisfeitas ou não, ainda que possam ser inspiradas por princípios (ter um princípio "por trás" de si). São, assim, normas que comportam a conduta nela descrita, nem mais, nem menos – verdadeiros *mandamentos definitivos*: "em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva" (Alexy, 2011, p. 85).

Princípios, de outro lado, são *mandados de otimização*, normas que mandam que algo seja realizado na maior medida possível, e que, por terem essa característica, comportam satisfação em diferentes graus, de acordo com as

possibilidades fáticas e jurídicas (determinadas, estas últimas, pela colisão com outras regras e princípios) (Alexy, 2015, p. 90; Alexy, 2011, p. 85). Os princípios contêm uma determinação *prima facie*, a ser analisada no caso concreto em caso de colisão.

A distinção entre um e outro não é, portanto, uma distinção de grau, mas uma distinção qualitativa (estrutural)¹. Assim, o autor rejeita classificações das normas jurídicas entre regras e princípios baseadas em seu grau de generalidade ou de vagueza (Alexy, 2015). Essa distinção das normas entre regras e princípios assemelha-se à proposta por Dworkin (2002) em seu *Levando os direitos a sério*, tendo como principal diferença a definição dos princípios como mandados de otimização. Explorarei a teoria das normas de Dworkin mais adiante neste artigo. Resumo, na tabela abaixo, a diferença entre as regras e os princípios de acordo com a teoria de Robert Alexy:

| REGRAS | PRINCÍPIOS |
|---|---|
| Determinações | Mandados de otimização |
| Em caso de conflito entre regras, pode haver duas soluções possíveis: uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma das regras conflitantes. | Em caso de conflito entre princípios, deve-se fazer o sopesamento entre eles para ver qual, no caso concreto, terá maior peso e, portanto, precedência em face do outro. |
| Contêm mandamento definitivo: exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam, tendo uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. | Não contêm um mandamento definitivo, mas apenas <i>prima facie</i> : da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. |
| Estabelecem direitos <i>prima facie</i> . | Estabelecem direitos definitivos. |

¹ Uma interessante crítica à teoria de Alexy, neste ponto, é feita por Poscher (2016). Para este autor, a teoria dos princípios de Alexy é uma sem objeto ("de fantasma"), já que os princípios não podem ser entendidos como mandados de otimização, dependendo, não só de um "dever-ser ideal", mas do contexto fático. Para Poscher (2016), ainda, a diferença entre princípio e regra pode ser concebida como gradual - mas não estrutural. Outra interessante crítica ao "método da proporcionalidade" pode ser encontrada em Aleinikoff (1987), que aponta para a necessidade de abrimos o debate sobre a correção desse método, que tem se naturalizado para os juristas sempre que tratam de direitos fundamentais.

A COLISÃO NORMATIVA DA PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY: QUAIS AS SOLUÇÕES POSSÍVEIS E CORRETAS?

Mas, o que fazer quando as normas colidem? Tratarei de duas possibilidades: (i) como resolver uma colisão entre duas regras e (ii) como resolver um caso quando há colisão entre dois princípios. No primeiro caso, quando duas regras colidem, há apenas duas soluções possíveis: uma cláusula que elimine o conflito através da imposição de uma exceção na ocorrência de uma situação determinada: "não se deve fazer X, mas se Y ocorrer, deve-se fazer X" ou a declaração de invalidade de uma das regras já que ambas, sem a previsão de uma cláusula de exceção, não podem ser válidas ao mesmo tempo (Alexy, 2015, p. 92). Assim, para a primeira hipótese, suponhamos um ordenamento jurídico que contenha em uma lei federal uma regra processual penal que preveja que "a sentença judicial absolutória é irrecorrível". Outra lei federal, de mesma hierarquia, prevê que "a sentença judicial absolutória é recorrível". Para solucionar este caso, dever-se-á lançar mão, no mais das vezes, de regras como anterioridade da lei, especialidade e outras que costumam ter previsão nos ordenamentos para esses casos com o fim de declarar uma delas inválida, já que seria impossível a aplicação de ambas. Um exemplo da segunda possibilidade é o artigo 13, *caput*, do Código Civil brasileiro, que estabelece ser defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, *salvo* por exigência médica, o que equivale a dizer que ninguém pode dispor do próprio corpo se de tal disposição decorrer diminuição permanente da integridade física, mas também significa dizer que todos podem dispor do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física se houver exigência médica. Há um aparente conflito resolvido por uma cláusula de exceção, que funciona, a bem da verdade, como uma outra norma, mais específica. No segundo caso é que a ponderação toma lugar. Se há colisão entre princípios, um deles tem que ceder e isso não significa que ele seja considerado (ou declarado inválido), à diferença do que ocorre no conflito entre regras. Haverá, neste caso, uma relação de precedência de um em face de outro em determinadas condições (Alexy, 2015, p. 93). Essas condições devem ser avaliadas nos diferentes casos concretos e as soluções sobre qual princípio prevalece pode inclusive ser oposta em dois casos diferentes, já que "nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes" (Alexy, 2015, p. 94). Assim, pode-se dizer que a solução das colisões

entre regras ocorre na dimensão da validade, mas entre princípios ocorrem na dimensão do "peso", já que somente princípios válidos podem colidir (Alexy, 2015, p. 94). Quanto menos satisfeito é um princípio, maior deverá ser a importância de satisfação do outro (Alexy, 2014). Em *Ensaio sobre a cegueira*, de José Saramago (2008), uma "cegueira branca", nunca antes diagnosticada, começa a atingir cada vez mais membros da sociedade e o Estado, acreditando ser a doença contagiosa, passa a mandar os acometidos, independentemente de sua vontade, para instituições, em que fiquem de quarentena². Suponhamos que, neste exemplo extremo, fôssemos fazer uma análise de acordo com o princípio da proporcionalidade e que o sistema constitucional do Estado em questão fosse semelhante ao nosso, assegurando direitos como liberdade, dignidade humana e proteção à saúde pública. Neste caso, a medida seria adequada e necessária - por, ao menos em tese, ser capaz de promover a realização do resultado visado e por ser difícil imaginar medida tão eficaz quanto essa, no caso de doença altamente contagiosa, para atingir-se o objetivo visado (conter a proliferação do mal). Restaria, por fim, fazer a análise de proporcionalidade em sentido estrito. Entendidas a liberdade e a dignidade humana, por um lado, e a proteção à saúde pública, por outro, como princípios e, portanto, mandamentos de otimização, quanto menos satisfeito seja um dos princípios - suponhamos aqui o conjunto liberdade e dignidade da pessoa humana - mais fortemente satisfeito tem que ser o outro princípio colidente - a proteção à saúde pública. Assim, a medida de encarceramento dos acometidos pela doença, que os priva, no mínimo, de sua liberdade, para que seja considerada legítima de acordo com a teoria de Alexy, teria de demonstrar que a proteção à saúde pública tem "peso" suficiente para "compensar" a privação da liberdade dos acometidos pela doença, ou, em outras palavras, a importância da satisfação do princípio da preservação da saúde pública tem de ser maior do que a da liberdade - quanto menos satisfeito o mandado de otimização "liberdade", mais satisfeito será mandado de otimização "proteção à saúde pública"³.

Segundo Alexy, a solução no caso de colidência dá-se em três passos: em primeiro lugar, deve-se verificar a dimensão da *adequação*, que requer verificar se a

² Os grandes acontecimentos do romance de Saramago (2008) dão-se, justamente, em uma dessas instituições, especialmente em razão da limitação dos recursos para os internados. No entanto, para o meu exemplo, basta esta "sinopse", poupando o leitor, assim, de possíveis *spoilers*.

³ Outros interessantes exemplos, como o "caso da pesagem de botijões de gás" (ADI 855-2) e o "caso do racionamento de energia" (ADC 9-6) são analisados sob a perspectiva da proporcionalidade por Silva (2002).

medida é adequada a atingir os fins a que pretende, em segundo – e somente se passar no primeiro teste –, deve-se verificar a dimensão da *necessidade*, de modo a verificar se a medida é a menos gravosa aos direitos daquele que sairá lesado caso ela seja tomada e em terceiro – e somente se passar nos dois primeiros testes –, é que se faz o sopesamento propriamente dito, que consiste na fase da *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se lançará mão da “lei de colisão” para a resolução do caso (Alexy, 2014). De acordo com a lei da colisão, se um princípio tem precedência em face de outro sob determinadas condições e se, sob essas condições decorre uma consequência jurídica, então vale uma regra que tenha as condições avaliadas neste caso como suporte fático e as consequências jurídicas do fato como consequência jurídica. Isto é dizer que na presença das condições “X”, a consequência jurídica “Y” deverá decorrer (Alexy, 2015, p. 99). Essa lei de colisão demonstra a natureza dos princípios como mandamentos de otimização. Não há, portanto, entre eles, uma relação absoluta de precedência entre os princípios em questão. A análise deve, portanto, ser realizada em cada caso concreto (nas condições avaliadas), à luz de suas circunstâncias particulares, sendo possível e legítimo, inclusive que em dois casos diferentes que envolva conflito entre os mesmos princípios as soluções sejam opostas, porque diferentes as condições verificadas. Não existem, portanto, princípios absolutos.

Há, aqui, dois pontos centrais que, à primeira vista, seriam incompatíveis com a teoria do direito de Dworkin, a ser explorada a seguir: (i) o de que possa haver colisão entre princípios (ou direitos fundamentais) e (ii) o de que é possível decidir casos difíceis sobre direitos fundamentais através da atribuição de pesos a cada um deles no caso concreto, não havendo princípios absolutos.

DWORKIN: REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS

Não deparei na minha pesquisa com algum texto em que Dworkin tenha tratado explicitamente do sopesamento de direitos, mas é possível extrair algumas conclusões a partir de sua teoria. Antes de elaborar meu argumento sobre a possibilidade de compatibilização as teorias do direito de Alexy e Dworkin, pretendo ressaltar alguns pontos que entendo ser centrais da teoria de Dworkin sobre a possibilidade de colisão de princípios e a decisão de casos. Considero que haja, para nossos propósitos, três ideias centrais na teoria de Dworkin: em primeiro lugar, sua divisão das normas entre princípios e regras, que nos permite uma aproximação

com Alexy, em segundo, sua elaboração do direito como integridade e, em terceiro, sua defesa dos direitos como trunfos. Essas duas últimas ideias demonstrariam a incompatibilidade com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Tratarei de cada uma delas a seguir.

Para Dworkin, assim como para Alexy, as normas jurídicas comportam uma divisão dúplice: ou são princípios, ou são regras. A diferença entre eles seria de natureza lógica (poderíamos dizer, penso, estrutural ou qualitativa, de uma forma semelhante com a que Alexy utiliza na sua construção): há uma diferença na natureza da orientação que oferecem. As regras aplicam-se segundo a forma "tudo-ou-nada": considerados os fatos estipulados por ela, ou é válida e, nesse caso, a sua estipulação deve ser aceita, ou não é válida, não contribuindo para a decisão, isto é, suas consequências jurídicas seguem automaticamente quando se verificam as condições prescritas na norma no mundo dos fatos (Dworkin, 2002, p. 39). Os princípios não funcionam assim e não se aplicam à maneira do "tudo-ou-nada", apresentando na sua natureza a dimensão do peso, estranha à regra. Assim, embora se possa dizer que um princípio é mais importante que outro em determinada ocasião, das regras só se pode fazer essa afirmação se se tem em vista sua funcionalidade, isto é, uma regra suplantará a outra em virtude de sua importância maior (Dworkin, 2002, p. 43).

É possível haver conflito entre duas regras e, à semelhança da solução fornecida por Alexy, Dworkin entende que, neste caso, o esforço é de saber qual delas será considerada válida e qual deverá ser abandonada ou reformulada, recorrendo-se a considerações que estarão para além das próprias regras, ainda que um sistema jurídico possa regular esses conflitos através de outras regras, como, por exemplo, as que dão precedência à de hierarquia maior ou à mais específica ou, ainda, a que seja sustentada por princípios mais importantes (Dworkin, 2002, p. 42). Enquanto a origem das regras estará, no mais das vezes, explícita no ordenamento jurídico, a origem dos princípios não se encontrará somente no que os ordenamentos explicitamente expressam ou na decisão do legislativo ou dos órgãos do judiciário, "mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo" (Dworkin, 2002, p. 64). De forma que a sua continuidade depende da manutenção dessa compreensão sobre o que é apropriado (Dworkin, 2002, p. 64). Assim, poder-

se-ia objetar, desde já, que haja possibilidade de atribuição de peso aos direitos no caso concreto.

Importa, ainda, explicitar que, para o autor que analiso nesta seção, há, ainda uma importante distinção entre as normas, isto é, os princípios e as regras e as políticas. A confusão costuma dar-se entre os princípios e as políticas. Para Dworkin, "política" é o "tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade" (Dworkin, 2002, p. 36). "Princípio" é denominado como um "padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade" (Dworkin, 2002, p. 36). Resumo essas três concepções na tabela abaixo:

| REGRAS | PRINCÍPIOS | POLÍTICAS |
|--|--|--|
| Apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas. | | Tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. |
| São aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. | Não são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. | |
| Não têm a dimensão de "peso". | Têm a dimensão de "peso". | |
| Em caso de conflito, uma delas será inválida. | Em caso de conflito, deve-se analisar a força relativa de cada um. | |

Esses três conceitos serão importantes para que se possa ter claro, na minha argumentação, as aproximações e distâncias que há entre a concepção dos dois autores analisados neste ensaio e, especialmente para que se possa compreender a teoria de Dworkin do direito como integridade e dos direitos como trunfos que passarei a expor a seguir.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS DIREITOS COMO TRUNFOS

Destacarei aqui, de modo sucinto, dois aspectos importantes para minha tese, da teoria do direito desenvolvida por Ronald Dworkin. Para o autor, o direito deve ser visto como uma "instituição" única e integrada de princípios da comunidade

em que vige e regras, de forma que cada decisão, e aqui nos importa mais diretamente a decisão judicial, deve considerar esse complexo de princípios, especialmente nos casos difíceis, para que se possa decidir de maneira correta. Essa aferição deverá basear-se em um método interpretativo: interpreta-se a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (Dworkin, 2014, p. 271). O juiz, assim, em um caso concreto deve "identificar os direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade" (Dworkin, 2014, pp. 271-272). Assim, os juízes devem procurar na integridade do direito a melhor interpretação possível, que servirá de resposta certa para o problema trazido pelo caso: "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (Dworkin, 2014, p. 272). O juiz, em outras palavras deve, na medida do possível, procurar identificar alguns princípios gerais de moralidade ou moralidade política que pareçam pertinentes ao caso e, então, ver quanto podem justificar o "sistema" jurídico mais amplo, isto é, em última análise, deve fazer um julgamento de valor sobre quais princípios incorporados no direito devem ser aplicados, o que ocorre especialmente em casos de direito constitucional (Dworkin, 2008, p. 12).

A integridade no direito requereria, para o autor, que se tomasse uma atitude interpretativa tanto sobre os acontecimentos contemporâneos à decisão, quando à história, no que é pertinente, da comunidade: os juízes não devem procurar suas próprias convicções no sistema jurídico (e, particularmente, na Constituição), mas devem entender-se como partícipes (ou mesmo sócios) de outros agentes públicos, passados e futuros, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente e devem ter cuidado para que a sua contribuição se ajuste ao restante (Dworkin, 1996, p. 10) . Se o direito é íntegro, não poderia haver colisões entre suas partes, o que invalidaria, à partida o argumento de Alexy e se se deve procurar tal atitude interpretativa, não é através da atribuição de pesos a cada uma das partes do direito (os princípios, para Alexy) que se chegaria à melhor solução. Olha-se, aqui, tanto quanto possível, o direito como um todo coeso para que possamos encontrar a melhor interpretação, que deverá satisfazer duas dimensões: a da adequação (*fit*) e da justificação (*justification*), que visam a buscar valores e princípios incorporados à

comunidade jurídica como um compromisso a ser por ela seguido seguido e a tornar o sistema jurídico melhor, por entendê-lo todo organizado em torno de um grupo de ideias essenciais (Dworkin, 2008, p. 16).

Uma recorrente ilustração sobre esse processo decisório, desenvolvida pelo próprio Dworkin, considera os juízes autores e, ao mesmo tempo, críticos de um romance escrito por vários autores, em cadeia, em que caberá a cada um dos escritores dos novos capítulos interpretar o romance da melhor forma possível e escrever o seu capítulo de forma a não romper a integridade do romance (Dworkin, 2005, pp. 217-249; Dworkin, 2014, pp. 275-286). Neste ponto, o direito se aproximaria da literatura. Além disso, o autor entende que os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser entendidos como “trunfos” (em uma analogia com os jogos de cartas), não podendo os governos legitimamente repeli-los, mesmo se convictos de que a maioria preferiria fazê-lo. Não caberia, assim qualquer argumentação utilitarista para afastá-los (Dworkin, 2002). É aqui que a diferença entre as normas (princípios e regras) e políticas públicas se mostra especialmente importantes, já que para as políticas públicas seria legítimo considerar a dimensão utilitária, enquanto que para os direitos assegurados explícita ou implicitamente pelas normas jurídicas tal justificativa não vale: os direitos são trunfos do cidadão num "jogo" que que ele joga com o Estado (*cf.* Dworkin, 2011, p. 329).

Mas como lidar com tantos trunfos? Desse complexo de ideias desenvolvidas por Dworkin, seria possível extrair que não há verdadeiros conflitos entre direitos. Para a ideia do direito como integridade, somada àquela dos direitos como trunfos, os direitos fundamentais seriam sempre aplicáveis na sua inteireza. Mas como isso poderia ser possível? A minha leitura de Dworkin sugere que num caso em que diríamos que há "conflito entre direitos" (ou princípios, na linguagem de Alexy) seria preciso, como intérprete, nesse longo "romance" a que o direito se assemelha buscar as concepções de cada um dos direitos, estabelecendo e, ao longo do tempo refinando (ou redefinindo, mas não de maneira a romper com a integridade jurídica) as margens ou fronteiras de cada um dos direitos. A partir daí, todos os direitos são interpretados e definidos, não havendo verdadeiros conflitos entre direitos, já que cada um deles adquiririam limites cada vez mais bem definidos no decorrer do tempo e interpretado em cada caso. Em suma, não poderia haver conflitos entre direitos porque o direito íntegro não comporta conflitos na seara dos direitos, principalmente dos mais fundamentais, que são trunfos nas mãos dos

cidadãos. Poderia haver apenas conflitos aparentes, resultantes da indefinição das fronteiras dos próprios conceitos dos direitos: caberá ao juiz, ao decidir um caso desses, examinar, pautando-se nas ideias do autor, se o que está sendo reclamado pelo autor cabe no conceito do direito alegado. Os direitos, num direito como integridade, harmonizam-se, não conflitam, de modo que na conceituação dos institutos jurídicos deve-se fazer, justamente, esse exercício de harmonização dos institutos e, em última análise, das decisões, exercício interpretativo na sua essência.

A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO

À primeira vista, a teoria do direito de Dworkin parece irreconciliável com a ponderação de direitos. Dworkin concebe o direito como integridade e os direitos como trunfos. No entanto, em uma análise mais aprofundada da produção do autor, não parece haver essa impossibilidade total de conciliação (ou, ao menos complementaridade). Isto não quer dizer que eu entenda que possa haver muitos casos em que haja conflitos entre trunfos e que, portanto, deixariam uma porta aberta para a aplicação da ponderação. Ainda que possibilidade de conflitos de princípios seja tratada por Dworkin (2002) em seu *Levando os Direitos a Sério*, em que ele diz que uma das diferenças dos princípios em relação às regras é que eles têm uma dimensão de peso ou importância e que no embate entre eles, deve-se levar em conta a força relativa de cada um, acredito que a partir disso concluir-se, como num silogismo, que a proporcionalidade é amparada por sua teoria é ignorar a sua obra como um todo⁴. Em primeiro lugar, porque, como tentamos explicitar nas seções precedentes, isso demonstra uma confusão entre princípios e direitos, que não são equivalentes na teoria do direito desenvolvida por Dworkin e em segundo lugar porque não me parece apropriado "raciocinar pela exceção" ou "por excertos". A leitura do autor sugere que deva haver um esforço de harmonização entre os direitos, de forma que não haja possibilidade de colisão e esse é seu argumento principal, a meu ver, sobre esse aspecto. Mas então restam algumas questões: há,

⁴ Para outra visão sobre essa possível compatibilidade, em que se ressalta esse como um dos motivos, veja Weinrib, 2015. Outra interessante tentativa de compatibilizar ambas as teorias, mais afinada com a minha tese, pode ser encontrada em Costa Neto, 2015. Hall, 2008, descreve que os dois grandes modelos metodológicos de resolução de casos que envolvam direitos fundamentais são, justamente, o de Dworkin (modelo norte-americano) e o da Corte Constitucional da Alemanha. O autor procura demonstrar que a teoria de Dworkin e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, por estarem baseados, ambos, em um fundamento objetivo do direito, terão métodos interpretativos similares, ainda que cheguem a resultados diferentes.

então possibilidade de conciliar sua teoria com a colisão de princípios defendida por Dworkin? Em que medida? O que ganhamos com isso? Entendo que sim, mas não ilimitadamente.

Em primeiro lugar, é importante livrar-se de algumas concepções que a teoria de Alexy parece trazer. Tratarei de duas, que, ao que me parece, são comumente endossadas pelos juristas. A primeira diz respeito aos "pesos" que assumem os princípios de acordo com Alexy. Tenho a impressão de que muitos leitores de Alexy criticam-no por deixarem de considerar que a dimensão do peso de que trata o autor não é física, mas institucional⁵. O "peso" na teoria alexiana refere-se a uma abstração metafórica para designar as operações de raciocínio jurídico dependentes da moralidade política e jurídica endossadas pela comunidade sobre qual seria a solução adequada a ser aplicada no caso difícil que se tem às mãos. Isso parece banal, mas tenho a impressão que o debate tem estado contaminado pela falta dessa reflexão. Em segundo lugar, e relacionada à primeira concepção, é a alegação de que o direito teria sido "matematizado" por Alexy, inclusive através da adoção de fórmulas ao estilo das matemáticas, o que é incompatível com sua forma própria de raciocínio. Acho que essa segunda crítica padece do mesmo problema da primeira que apresentei. A apresentação de fórmulas é simplificadora do argumento do autor, que, de outro modo poderia ser expressada por escrito, através de argumentos e trata de uma realidade também institucional e argumentativa, não se referindo, portanto, nem a uma lógica completamente dedutiva, comum às ciências matemáticas, nem totalmente indutivas, própria das ciências naturais. Isso nos demonstra que a teoria de Alexy quer aumentar o ônus de argumentação e, mesmo, de justificação das decisões judiciais, oferecendo um método de raciocínio argumentativo. Essa minha observação é importante para demonstrar que ainda que não houvesse um método explicitado pelo autor, alguma operação de raciocínio nos casos difíceis seria levada a cabo para a fundamentação das decisões, ainda que se passasse na mente daquele que tomará a decisão.

Aí vemos uma primeira aproximação a um dos principais objetivos de Dworkin: o da melhor fundamentação. Acho que tanto Alexy quanto Dworkin estão preocupados, em última instância, em que em um caso difícil envolvendo direitos fundamentais, o julgador tome a melhor decisão. Ambos, ainda que cada um da sua

⁵ Sobre a construção da realidade institucional e uma distinção entre regras regulativas e constitutivas, ver Searle, 1999, pp. 111-134.

forma, oferecem métodos de raciocínio jurídico que procuram facilitar o processo de chegada a uma decisão juridicamente bem fundamentada e, atrevo-me a dizer, à melhor decisão possível.

Num Estado de Direito, o juiz tem de fundamentar a sua decisão e acredito que o bom julgador buscará preservar a integridade do direito mesmo utilizando-se do método proposto por Robert Alexy. O sopesamento, ainda que não busque diretamente, à moda do juiz Hércules⁶, a buscar os princípios que orientam uma comunidade jurídica a fim de definir o direito invocado encontra guarida sob o “conceito” do direito fundamental assegurado pelo sistema jurídico, indiretamente busca a fazer com que quem vai decidir tenha o ônus de argumentar dentro do ordenamento jurídico de uma comunidade político-jurídica e, ainda que sob a forma de “o direito x prepondera, no caso, sob o direito y”, acaba por ir definindo a extensão do direito x e do direito y. A jurisprudência, assim, utilizando-se do método de Alexy vai dando aos direitos, abstratamente considerados, cada vez mais concretude, definindo suas “fronteiras” e as argumentações que se pautam, necessariamente nos Estados de Direito, também sob a ótica “orgânica” ou “sistemática” vai dando forma a cada um dos direitos, de sorte que no decorrer do tempo, possa-se fazer um raciocínio de, em um caso concreto, saber se se está abarcado pelo direito invocado. Não pretendo aqui argumentar nem que as teorias do direito se confundam em parte e nem que são completamente compatíveis. O que pretendo é desfazer algumas concepções sobre cada uma das teorias e demonstrar que elas não são completamente excludentes e, ousado dizer, podem ser complementares. Assim, por um lado, um juiz que pretenda utilizar a teoria de Dworkin para decidir os casos de “conflito” de direitos fundamentais poderá levar em consideração as decisões dos juízes que se utilizaram dos métodos de sopesamento na decisão de casos que envolvam o(s) mesmo(s) direito(s) e utilizá-las como um dos fundamentos sobre em que se sustenta a comunidade e se o caso se insere sob o conceito construído daquele(s) direito(s). Assim, ao dar continuidade a esse “romance em cadeia”, deveria considerar esses julgados como capítulos anteriores ao que escreveu. Assim, em um caso em que, de acordo com a teoria de Alexy, haja um conflito entre o princípio A e B e os juízes reiteradamente entendam, através do sopesamento que nas condições C (ou contexto C), B prepondera

⁶ Dworkin, em diversas de suas obras, traz a figura do juiz Hércules nos exemplos, que, livre dos limites do mundo real, procede de acordo com a sua teoria do direito.

estarão (ou poderão estar), de outro modo, elaborando capítulos de um “romance jurídico em cadeia”, nos termos de Dworkin, em que se defina a extensão de A e B. É como dizer que o direito fundamental A abarca as condições C, mas B não o faz. Assim, ainda que o juiz, no caso concreto esteja mostrando o caso como um caso de conflito de direitos, ele poderá também estar, ainda que através do sopesamento, fazendo com que os direitos não se choquem ou definindo suas extensões, de modo a preservar a integridade do sistema jurídico.

O CASO FICTÍCIO DE JURILÂNDIA

Convido o leitor a imaginar uma comunidade político-jurídica democrática a que darei o nome de Jurilândia. Em Jurilândia há uma importante minoria étnico-cultural, o povo júri-júri, com uma cultura peculiar, destoante da maioria étnico-cultural da população. A Constituição de Jurilândia protege, entre os direitos fundamentais, e a comunidade jurídica os endossa, a preservação das manifestações culturais e religiosas das minorias nacionais, e também a proibição de práticas cruéis contra a fauna. A cultura dos júri-júri apresenta, como uma peculiaridade, a tradição de anualmente sacrificar uma raposa, em um ritual em que cada um dos integrantes de um determinado clã, espeta uma pequena lança no corpo do animal. Eles acreditam que esse sacrifício trará melhores colheitas e paz à comunidade. Vários cidadãos da maioria, indignados com essa prática, ajuizaram demandas, cada um deles contra o clã júri-júri de sua província, objetivando a cessação da prática, sob o fundamento de que seria inconsistente com a proibição constitucional de práticas cruéis contra a fauna. Os juízes, em cada uma dessas províncias, decidiram, sem exceção por dar provimento às demandas, todos por entender que “no caso concreto, o direito dos animais de se verem protegidos contra as práticas cruéis tem preponderância sobre a preservação das manifestações culturais e religiosas das minorias nacionais”. Diante da importância dos casos, a questão chegou à Suprema Corte de Jurilândia, em que um de seus ministros tem se utilizado da teoria do direito de Dworkin para a decisão dos casos, por entendê-la melhor. Esse juiz, ao deparar com o caso, terá de levar em consideração as decisões anteriores como capítulos já escritos no romance em cadeia que é o direito e, assim, na configuração das fronteiras que têm sido estabelecidas aos direitos consagrados constitucionalmente de forma a que não possa haver colisão. Não me interessa muito como ele decidirá o caso. Interessa-me demonstrar, a partir desse

exemplo fictício, como não há uma anulação de uma teoria pela outra e como elas podem ser complementares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À primeira vista, a teoria do direito de Dworkin parece incompatível com a de Robert Alexy. Neste artigo procurei demonstrar que essa afirmação merece reparos, mas que há limites para a compatibilização.

A teoria de Dworkin clama por um direito como integridade, em que, diante do caso concreto, o juiz deve assumir uma posição interpretativa, de modo a harmonizar os dispositivos e institutos jurídicos. Especificamente quanto aos direitos fundamentais, eles devem funcionar como trunfos, não podendo ser relativizados. Não há, assim, espaço para conflitos entre direitos fundamentais. Por outro lado, Alexy desenvolve uma teoria conflitiva de princípios ou direitos, o que se torna, à partida, incompatível com a de Dworkin, porque de acordo com aquela não poderia haver conflitos entre os trunfos e o esforço de harmonização tem, inclusive, como objetivo, um direito uno e íntegro.

Desenvolvi, sumariamente, as teorias de ambos os autores, procurando o que têm de “terreno comum”, bem como explicitar que, às vezes, os mesmos termos comportam definições diferentes, o que pode trazer confusões. Tratei das incompatibilidades principais entre a teoria dos dois autores e demonstrei que, de fato, é somente após uma reinterpretação – ou uma análise aprofundada – de suas teorias que se pode compatibilizá-las. Assim, procurei fazer uma leitura que ultrapasse a superfície dessas teorias, principalmente desenvolvendo a teoria de Alexy como uma que, na verdade, busca desenvolver um método que aumente o ônus argumentativo e de fundamentação das decisões, mas que, vai definindo as fronteiras dos direitos e princípios, o que, a meu ver, é parte essencial para a aplicação da teoria de Ronald Dworkin aos casos difíceis. Assim, ainda que os métodos sejam diferentes, é possível que se complementem e que convivam juntos em um sistema jurídico, em uma relação de simbiose. Assim, um juiz que pretenda seguir a teoria do direito de Dworkin para a resolução de seus casos em uma comunidade de juízes que dá (ou tem dado) primazia ao sopesamento nas decisões, não precisa desconsiderá-las, mas, ao contrário, deve levá-las em consideração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Constitutional rights and proportionality**. *Revus: journal for constitutional theory and philosophy of law*, 22, 2014..

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

Costa Neto, J. **Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable?** *Revista Direito GV*, 21, 2015, pp. 159-188.

Dworkin, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Keynote address**. Em Du Bois, F. *The practice of integrity: reflections on Ronald Dworkin and South African law*. Cape Town: JUTA, 2008, pp. 1-17.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge (MA) / London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Hall, Jeffrey B. Taking "rechts" seriously": Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany. *In: German Law Journal*, v. 9, n. 6, 2008.

Disponível em

<https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b855328a65e2830e05980b/1454921010579/GLJ_Vol_09_No_06_Hall.pdf>. Acesso em 19.10.2016.

Poscher, Ralf. Teoria de um fantasma - a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto". In: Campos, Ricardo (org.) **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social - ensaios traduzidos**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 63-96.

Searle, John. **Mind, language and society: philosophy in the real world**. New York, NY: Basic Books, 1999.

Weinrib, Jacob. **When trumps clash: Dworkin and the doctrine of proportionality (draft)**. [s.l.]: 2015. Acesso em 07 de 06 de 2016, disponível em <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/jacob-weinrib.pdf>

Saramago, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

Silva, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, pp. 23-50.

Aleinikoff, Thomas Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. *In: The Yale Law Journal*, April, v. 96, n. 5, 1987, pp. 943-1005.