

---

## OS FUNDAMENTOS DO DIREITO: A *TESE DOS DIREITOS DE DWORKIN* ENTRE DESAFIO E PERSISTÊNCIA

Márlio Aguiar<sup>1</sup>

### **Resumo:**

O presente artigo tem como objetivo analisar algumas críticas e réplicas à tese dos direitos de Ronald Dworkin. Após uma breve descrição do conhecido pensamento de Dworkin a respeito dos *grounds of law* e da tese dos *rights as trumps*, passamos a uma apresentação das duas possíveis críticas. Paul Yowell e Richard H. Pildes contestaram tanto a unicidade e coerência quanto a capacidade descritiva e explicativa da tese dos direitos de Dworkin. Expostas as críticas e assinaladas as possíveis réplicas da teoria de Dworkin, enfatizamos aquilo que parece haver de mais esclarecedor e relevante neste debate.

**Palavras-chave:** Ronald Dworkin, Tese dos Direitos, Direitos como trunfos, Fundamentos do Direito

### **THE GROUNDS OF LAW: DWORKIN'S *RIGHTS THESIS* BETWEEN CHALLENGE AND PERSISTENCY**

#### ***Abstract***

*This article aims to analyse possible criticisms and replicas of Ronald Dworkin 's rights thesis. After a brief description of Dworkin's theory about the grounds of law and the rights as trumps thesis, the paper turns to a presentation of two possible criticisms. Professors Paul Yowell and Richard H. Pildes had challenged both the unity and coherence as the descriptive and explanatory force of the Dworkin's rights thesis. Once exposed these criticisms and pointed out some possible replicas of Dworkinian theory, the article concludes and emphasizes what seems to be most relevant and enriching in this debate.*

**Keywords:** Ronald Dworkin, Rights Thesis, Rights as Trump, the Grounds of Law

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Civil (Direito Romano) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP).

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo se compõe em duas seções. Na primeira seção expomos em breves linhas o que a teoria de Dworkin tem a dizer a respeito dos fundamentos do direito, em particular, a partir da sua *tese dos direitos* como trunfos. Na primeira parte da segunda seção passamos a duas possíveis críticas a esta concepção: a crítica de Paul Yowell, a outra de Richard H. Pildes, que contestam tanto a unicidade quanto a força descritiva da tese dos direitos. Lidamos, na segunda metade desta seção, com as possíveis réplicas da teoria dworkiniana a estas considerações, enfatizando aquilo que consideramos haver de mais relevante neste debate contemporâneo a respeito da tese dos direitos.

## 2. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO: OS DIREITOS COMO TRUNFOS CONTRA A DISCRICIONARIEDADE

*O que torna o Direito, afinal, Direito?* Em que circunstâncias, em que sentido e por que o Direito é obrigatório? Que tipo de fenômeno ou acontecimento do mundo são fundamentais para que um comando ou proposição tornem-se *jurídicos*, isto é, possam ser entendidos como comandos do Direito? Esta é uma questão pungente em toda a obra dworkiniana: para ele, explicitar quais são os *grounds of law*, desde os textos de *Levando os Direitos a Sério* (1977), é o caminho eleito para oferecer o que considera uma melhor descrição do fenômeno jurídico, em particular, a partir da sua tese dos direitos.

Para Dworkin uma ideia básica e central compartilhada por juristas e políticos é que o Direito deve respeitar, ao menos em parte, o *fato* de que existem certos direitos individuais – em sua linguagem: *moral rights* – reconhecidos no ordenamento jurídico mesmo quando ainda não estão plenamente positivados<sup>2</sup>. No entanto, o direito se diz ao menos de dois modos. É assim que Dworkin assume a necessidade de distinguir, para fazer cessar qualquer ambiguidade – ou, poderia dizer, *semantic misfortune* –, duas acepções da palavra *right*. Há uma acepção trivial ou “fraca”, quando se diz que alguém faz a coisa certa (*the right thing to do*); há, ainda, uma acepção “forte”, juridicamente qualificada, momento no qual se diz que ninguém, Estado (por normas majoritárias) ou outro indivíduo, pode interferir na conduta de outrem, ou que, ao fazê-lo, está efetivamente violando um direito prévio.

---

<sup>2</sup> Pelas muitas citações possíveis, veja-se DWORKIN: 1977, p. 184-186.

*Moral rights* se diz como acepção “forte” da palavra *right*. Na esteira de sua própria tese do caráter descritivo da teoria do Direito (DWORKIN: 1977, p. VII-XV)<sup>3</sup>, Dworkin assevera que se trata antes de tudo de uma questão observável e de fato: ao olhar para uma sociedade contemporânea como a estadunidense, diz o teórico, observa-se factualmente que há uma ideia de *right* distinta, num sentido mais forte – *moral rights* –, e que ela é invocada precisamente como um limite ao interesse majoritariamente fixado nas normas jurídicas. Esta seria, ademais, uma exigência conceitual: membros de uma minoria só poderiam ter *direitos* se, efetivamente, estes fossem d’algum modo blindados contra a maioria, se possuírem *algum peso* (DWORKIN: 1977, p. 91-92). É o próprio mundo social e institucional que não funciona com base num utilitarismo extremo ou na lógica sem limites da maximização do bem-estar: a tarefa do teórico do direito é dar um sentido a isso que existe.

A grande questão que faz o debate crescer é, efetivamente, quais direitos em particular os cidadãos possuem. Quanto a este “balanceamento” – o termo é menos problemático do que “ponderação” –, Dworkin oferece basicamente dois modelos para tal no seu texto *Modelo de Regras I*<sup>4</sup>. O primeiro modelo é aquele que busca resolver a querela por meio de uma análise “de custo” que compara os benefícios aos direitos individuais e os da sociedade, com o problema de, entretanto, não perceber justamente a diferente natureza entre esses direitos, e a ideia forte, contra-majoritária, dos *moral rights*. O segundo modelo seria mais sofisticado: partindo da noção de direito individual em primeiro plano, o *moral right* passa a ser entendido como aquilo que *fundamenta* e, inclusive, explica conceitualmente o próprio direito, gerando ao Estado (e sua legislação

---

<sup>3</sup> Veja-se ainda MACEDO Jr., Ronaldo Porto, 2013, p. 161 ss.

<sup>4</sup> O texto é canônico, como se sabe, por trazer à luz a distinção dworkiniana entre *regras* e *princípios*, e ao papel que estes possuem para uma adequada descrição teórica do direito. A distinção é de ordem lógica: são ambos conjuntos de padrões que permitem decisões jurídicas particulares, mas diferentes com relação à natureza da indicação que fornecem. Assim, segundo Dworkin, as regras de Direito são regras determinadas pelo legislador; são aplicáveis aos casos concretos; elas têm validade e geram nos casos concretos alguns efeitos jurídicos (o que chama de ‘tudo-ou-nada’ das regras). Os princípios, por outro lado, funcionam de uma forma totalmente diferente: mesmo aqueles que se aproximam mais das regras, não enunciam as consequências jurídicas que decorreriam automaticamente da aplicação de uma regra. Por exemplo, o princípio segundo o qual ninguém pode se valer da própria torpeza, não significa que o Direito nunca permita que alguém se valha do mal que cometeu (MACEDO Jr., Ronaldo Porto, 2013, p. 162-166). Como se percebe, no entanto, os autores que serão mobilizados para fazer uma análise crítica de Dworkin – Yowell e Pildes – não deitam suas atenções neste contraste, mas, sim, ao próprio conceito de *right* e aos *rights as triumphs*.

contra-majoritária) um ônus argumentativo muito maior em qualquer pretensão de adentrar na esfera de proteção dos direitos individuais.

Um exemplo claro – que, além disso, enriquece a definição – é oferecido no texto ‘*Temos um direito à pornografia?*’ (1981) em torno do direito à independência moral. A discussão sobre a pornografia oferece a Dworkin oportunidade de destacar o que efetivamente fundamenta o direito abstrato à liberdade/independência moral. Direitos são, coloca Dworkin, trunfos sobre o pano de fundo das justificações para as decisões políticas tomadas por uma comunidade como um todo. Nesta dimensão, algo como um direito à independência moral também é um trunfo, tornando reprovável que uma pessoa ou uma autoridade estatal viole tal direito *mesmo que se acredite que a comunidade como um todo sairia beneficiada* (DWORKIN: 1986, p. 359-372).

Em Dworkin, a concepção de direito como trunfo é conscientemente um elemento importante tanto da teoria do direito (como um *conceito* operacional) quanto da sua filosofia política normativa. Nesta, o direito como trunfo serve para se aplicar àquelas situações em que cidadãos têm direitos violados pelo argumento *prima facie* de que a comunidade como um todo será beneficiada se aquele interesse for afastado ou flexibilizado (argumento utilitarista). Afirmar tradicionalmente os direitos como parte da “liberdade” para Dworkin significa, no fundo, afirmar um direito à igualdade e de defesa das minorias. Os direitos são trunfos dentro da moralidade política contextual, isto é, da rede de crenças e pressuposições que envolvem o próprio direito.

### **3. A TESE DOS DIREITOS TRIUNFA? AS CRÍTICAS A DWORKIN E UM BALANÇO DA QUESTÃO**

#### **3.1. As críticas de Yowell e Pildes à tese dos direitos como trunfos**

Duas perguntas podem ser simultaneamente formuladas. A tese dos direitos como *trunfos* é adequada para descrever o fenômeno do direito? Há *uma* única tese deste tipo formulada por Dworkin? Traremos à baila a posição de dois autores que, analisando criticamente a concepção dworkiniana, acreditam que tal tese possui oscilações que fragilizam seus fundamentos.

Segundo Paul Yowell, em seu artigo *A Critical Examination of Dworkin’s theory of rights* (2007), Dworkin formou ao longo de sua obra pelo menos duas teorias

ou teses dos *direitos como trunfos*, obra a qual vai dirigir suas críticas. Descrevamos sua caracterização das duas formulações dworkinianas. A primeira destas teorias está representada fundamentalmente nos artigos que compuseram *Levando os Direitos a Sério*: a *shielded-interest theory* (interesses ou direitos que são “blindados”), comprometida com uma forte oposição (de teor claramente liberal) ao utilitarismo nesta fase da obra dworkiniana. A *shielded-interest theory* poderia ser resumida na assertiva de que os direitos protegem valores humanos “fundamentais” – direitos que possuem certo *peso* – de outras justificações políticas, inclusive majoritárias. A formulação desta teoria vem das próprias descrições de Dworkin: um indivíduo ‘A’ possui direito a X mesmo que [*even if*] negar X ao indivíduo ‘A’ seja do interesse majoritário da sociedade, tal qual uma “barreira protetiva”. Assume-se que as pessoas possuem direitos morais *fundamentais* contra a maioria e contra Estado: será X um direito, portanto, se num conflito hipotético entre o bem-estar geral da sociedade, X for triunfante (ou um trunfo). Tal tese se baseia, em última instância, em uma tese anti-utilitarista: um *moral right* o é, enquanto tal, na medida em que hipoteticamente se sobreponha aos objetivos políticos de interesse coletivo, servindo de trunfo a algum indivíduo (YOWELL: 2007, p. 95-99).

A segunda formulação dos direitos como trunfos, entende-a Yowell, assumiu a forma da *filtered-preference theory*, desenvolvida parcialmente em *Levando os Direitos a Sério* e *Uma Questão de Princípio* (1985). Nestes textos Dworkin está menos preocupado em assinalar *moral rights* em particular, e sim, em evidenciar um método de uma teoria básica da justificação política e da identificação de seu conteúdo. Seu intento seria o de oferecer um “processo de refinamento” àquelas justificações utilitárias compatíveis com os princípios de igualdade e liberdade de uma democracia liberal representativa. Dworkin argumenta que a liberdade pode ser legitimamente restringida, mas apenas na base de certos tipos de argumentos, de justificações políticas. Para tal, Dworkin distingue entre (I) argumentos de *princípios* (*principles*) e (II) argumentos de políticas (*policies*); e os argumentos de políticas se distinguem entre (II.a) argumentos *utilitários* (o interesse da comunidade como um todo é mais satisfeito se os cidadãos, em geral, têm o que eles querem, mesmo que nem *todos* consigam ter) e (II.b) argumentos *ideais* (que aproximam a comunidade de um ideal mesmo que ela mesma

não o queira num dado momento)<sup>5</sup>. A única maneira de conceber argumentos utilitaristas que se harmonizam com uma sociedade liberal é se o utilitarismo for concebido unicamente como preferências pessoais (do contrário, ele dará azo a justificações racistas, moralistas ou outras preferências externas que são incompatíveis com a igualdade). Segundo Yowell, Dworkin, entendendo que o funcionamento geral das instituições democráticas obedece à lógica majoritária (e tendencialmente utilitarista), esboçou uma teoria dos direitos como trunfos (especialmente, mas não apenas os constitucionais) que visa identificar – de forma *antecedente* e, por isso, para Yowell, *probabilística* – a probabilidade de violações de interesses individuais que são mais fundamentais, de forma a proteger os indivíduos de possíveis ameaças ao *igual tratamento* e ao *igual respeito* que fazem parte da igualdade liberal e devem barrar políticas utilitaristas extremas (YOWELL: 2007, p. 99-106).

A diferença fundamental é que enquanto a segunda teoria opõe interesses ou preferências *externas* àquelas individuais (que seriam legítimas), a primeira opõe os interesses individuais a quaisquer outras preferências potencialmente conflitivas. Para Yowell, as duas teorias são por isso mesmo potencialmente inconsistentes entre si (admitindo, no entanto, que não são logicamente incompatíveis): um mesmo “conjunto de fatos” ou norma poderiam se justificar na forma da *filtered-preference theory* e, eventualmente, falhar no teste hipotético anti-utilitarista da *shielded-interest theory*<sup>6</sup>.

Dworkin teria chegado a uma posição “final” de sua teorização dos direitos como trunfos abandonando a *filtered-preference theory* e revisando a primeira teoria, formando aquilo que Yowell batiza de *excluded-grounds theory*. Buscando sofisticar sua teoria, sintetiza o autor, Dworkin ainda concebe os direitos como trunfos individuais, no sentido de excluir do Jurídico aquilo que não represente a melhor *justificação* do direito, o direito sob sua melhor forma e luz, íntegro e coerente, no bojo de sua tese substantiva do “igualitarismo de recursos”<sup>7</sup>, forma de unificar liberdade e

---

<sup>5</sup> Para Dworkin, (II.b) é claramente incompatível com os cânones do liberalismo, mas, para sua abordagem do liberalismo, também (II.a) é tendente a afligir e atacar a concepção de igualdade *liberal*.

<sup>6</sup> O exemplo de Yowell é o da hipotética proibição de veicular jornais. A *shielded-interest theory* requer uma investigação a respeito do peso do direito à liberdade de expressão frente às justificações da norma, eventualmente concluindo por sua juridicidade ou não-juridicidade; a *filtered-preferences theory* chegaria diretamente à conclusão de que a proibição, não sendo baseada em fatores externos, não viola direitos, cf. YOWELL: 2007, p. 105.

<sup>7</sup> Expõe Yowell, Dworkin situa seu objetivo de defender a teoria da igualdade de recursos contra as acusações de que ela infringe a liberdade; que, em última instância, liberdade e igualdade não conflitam

igualdade tanto no direito como na teoria da moralidade política, e de verificar se efetivamente estamos diante de um direito ou da violação de um direito. Desta forma, para a versão mais acabada da tese dworkiniana dos direitos como trunfos, as violações aos direitos ocorrem na mesma medida em que direitos cedem às políticas de motivações ilegítimas, i.e. que falhem no objetivo fundamental de uma distribuição igualitária (e, por isso, livre) de recursos. Em suma: viola o direito aquilo que, em sua motivação, conflita com o princípio da igualdade.

O núcleo da crítica de Yowell – que, de certo modo, atravessa as duas formulações da tese de Dworkin, e mesmo sua última e revisada versão – é que a tese dos direitos como trunfos na forma da *shielded-interest theory* (1) tem a limitação de não especificar o peso (*weight*) de determinados direitos individuais (apenas reafirmamos, genericamente, frente às pretensões majoritárias), algo particularmente danoso em casos de conflito; e (2), nas outras duas formulações teóricas, tem alcance limitado na medida em que se centra mais nas *motivações* de uma norma do que em teorizar a respeito do seu conteúdo substantivo concreto. A discussão das motivações é limitada: uma norma pode se basear tanto em motivações tidas como legítimas quanto aquelas consideradas ilegítimas; e, supondo-se que juízes sejam capazes de fazer tais distinções, permaneceriam fora de escopo muitas questões controversas a respeito da legitimidade do Estado em promover ou incentivar atos e atividades que considera benéficos ou saudáveis (não estaria resolvido, portanto, o problema do “paternalismo” normativo, uma possível ameaça ao respeito do pluralismo das formas de vida).

No artigo *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, Richard H. Pildes igualmente sustenta, como Yowell – e também o positivista Joseph Raz –, que não há uma teoria *unificada* dos direitos como trunfos em Dworkin, mas, pelo menos, duas delas. A nomenclatura é por vezes diversa daquela empregada por Yowell, mas o caminho da crítica se inicia de modo semelhante.

---

ou se chocam, já que igualdade só é definida após a liberdade ser assumida como ponto de partida. Uma distribuição ideal, ou a mais ideal possível, será possível apenas se as pessoas forem juridicamente livres para agirem como quiserem até o limite em que for necessário limitar sua liberdade para proteger a segurança pessoal *ou* proprietária, ou para corrigir imperfeições no mercado e outros mecanismos de distribuição. O argumento dworkiniano aqui acaba por repousar em três princípios: (1) abstração; (2) independência e (3) autenticidade. YOWELL: 2007, p. 116-120.

Uma das maneiras de conceber o direito como trunfos, destaca Pildes – e, a seu ver, esta é a concepção dominante na linguagem constitucional e política, e representa a primeira fase da obra de Dworkin –, é a *immunities view*, que aproxima “trunfos” de “imunidades” dos indivíduos, assim insulados e protegidos da maioria em seus mais fundamentais interesses, que derivam do próprio fato do *ser*. Pense-se aqui, por exemplo, no direito à vida ou em direitos políticos defendidos desde o pensamento liberal clássico. Está em seu contraponto uma concepção *estrutural* de direitos como trunfos (*structural conception of rights*): nesta segunda formalização da teoria, sem que percam a relevância, entende-se que os direitos individuais não são protegidos “em si”, mas, sim, protegidos na medida em que somente certas *razões* podem justificar sua violação (desaparece, assim, um “dever estatal geral” de não interferência, emergindo um dever mais genérico de não invadir a esfera individual sem que existam boas razões para tal). O exemplo de Pildes para ilustrar essa segunda teorização é o da liberdade de expressão: este é um direito individual, que deve ser observado pelo Estado e pelos demais particulares, mas que pode ser constringido por certas *razões* como, por exemplo, para coibir discursos de ódio ou a direta apologia ao crime.

Para o autor – que, em seu artigo original, toma Dworkin menos como alvo principal do que um exemplo de filósofo recepcionado pelo constitucionalismo liberal e pela filosofia política normativa contemporânea –, a segunda teorização é muito mais adequada e acurada do que a primeira para descrever os *grounds of law*<sup>8</sup>, mesmo que Dworkin tenha se comprometido com a *immunities view* em *Levando os Direitos a Sério*. A visão “imunizadora” dos direitos é mais atomista do que a realidade histórica e contemporânea da prática: os direitos, mesmo os direitos constitucionais têm seu funcionamento melhor explicado por *dentro* das práticas de governo do que pela ideia de que existem limitações de *fora*, externas a estas práticas, que emanam dos indivíduos.

O autor aponta três razões para a superioridade desta concepção *estrutural* sobre a “visão imunizante”. (1) Os direitos, antes do que trunfos no sentido de bloqueios absolutos a certas esferas, são meios – dirá Pildes, a *técnica jurídica* – de *proteger*

---

<sup>8</sup> “Rights are not general trumps against appeals to the common good or anything else; instead, they are better understood as channelling the *kinds of reasons* government can invoke when it acts in certain arenas”, PILDES: 1998, p. 729.

certos interesses, mas também de *promover* outros; todo direito, mas especialmente os direitos marcados na Constituição, são justificados (*reasoning about rights*) por essa preservação de bens comuns ou públicos que incluem, mas não se esgotam em direitos individuais, e ainda menos na descrição de tais direitos – tipicamente os direitos liberais tradicionais – como núcleos inexpugnáveis. (2) A visão estrutural melhor descreve o processo de decisão judicial em torno do conflito de direitos e do *sopesamento* dos direitos (sendo que a ideia de “pesos” e os vários exemplos de “direitos em conflito” são uma constante na própria obra de Dworkin). (3) Uma visão mais abrangente do fenômeno pode perceber o que uma concepção por demais atomista e individual não consegue: os significados sociais da ação estatal, ao mesmo tempo que (4) afasta a caricatura de um contraste por demais apressado entre direitos individuais e metas coletivas (PILDES: 1998, p. 760-763).

Segundo o crítico, em *Levando os Direitos a Sério* Dworkin encontrou guarida para seu afã “anti-utilitarista” nessa concepção antimajoritária e atomizada de direitos que não poderiam ser limitados por interesse geral, conveniência da Administração Pública, ganhos utilitaristas ou qualquer outra definição. Poder-se-ia argumentar, em prol de Dworkin – como fez Waldron – que há na obra dworkiniana uma teorização expressa dos direitos como trunfos contra preferências externas mais sofisticada que a ideia de trunfos como imunidades individuais (PILDES: 2000, p. 312-313)<sup>9</sup>. No entanto, como Pildes aponta, concordando Yowell, Dworkin abandonou esta formulação (a *filtered-interests theory*), mantendo nas suas obras subsequentes a gramática da sua tese de direitos como trunfos na forma da *immunities view*; a independência moral e a igual consideração de interesses são formas mais sofisticadas de sua filosofia política de conceber os direitos naquela estrutura (PILDES: 2000, p. 315).

### **3.2. Possíveis réplicas dworkinianas e a contribuição do debate**

Agrupemos as críticas. A primeira é de coerência teórica: Dworkin não teria uma teoria unitária e, ademais, coerente ao longo de sua obra a respeito da tese dos direitos como trunfos (apontada por ambos). A segunda é de alcance explicativo: a tese dos

---

<sup>9</sup> Pildes aceita a argumentação de Waldron pela existência de outra faceta da tese dos direitos de Dworkin; talvez pudesse concordar, também, com Yowell, que sua “tese dos direitos” recebe uma revisão em obras mais recentes. Fundamentalmente, no entanto, o que Pildes pretende demonstrar é que (1) esta divisão é uma constante na obra de Dworkin, não uma consequência de ‘fases sucessivas’ e que (2) é no mínimo contestável a afirmação de que há *uma* singular e constante teoria dos direitos em Dworkin.

direitos como trunfos, na sua enfática acepção contra-majoritária, (i) não explica por si o peso de certos direitos (Yowell), (ii) centra-se mais nas motivações da norma do que nos seus conteúdos concretos (Yowell), (iii) padece de um *déficit* descritivo geral – ou, pelo menos, de imprecisão – do fenómeno dos direitos “fundamentais” ou constitucionais, num binómio apressado que opõe interesses individuais à interesses coletivos (Pildes).

A crítica a respeito da falta de unidade teórica tem pouco peso *per se*. Tem a virtude de lembrar, o que é importante, que a obra de Dworkin não surgiu pronta do vazio: mudanças teóricas, de conceitografia e de ênfase fazem parte do seu *corpus* de escritos, e o próprio Dworkin não o teria negado. No entanto, a questão crítica de maior interesse é a decorrente: depurando-se aquilo que produziu a respeito da tese dos direitos, seria possível fazer réplica às críticas sobre seu alcance explicativo do fenómeno jurídico?

A teoria de Dworkin efetivamente não apresenta, como destaca Yowell em suas críticas, uma planificação do peso (*weight*) dos direitos, seja entre os *moral rights* entre si, seja entre tais *rights* e outras medidas normativas que não têm o carácter de trunfo. No entanto, Dworkin já estava ciente desta questão em *Modelo de Regras I*: contrastando seu conceito de *princípios* com a teoria do positivismo, afirma que não há um “*litmus paper*” prévio ou posterior que por si só *teste* a consistência de uma argumentação jurídica que leve em conta os princípios; é o recurso ao conjunto e ao contexto de práticas, à história do direito e à compreensão compartilhada da comunidade de praticantes que forma o bojo de uma argumentação por princípio (e, igualmente, fundamenta o *weight* de um *moral right*) que é a marca das decisões judiciais (DWORKIN: 1977, p. 36 ss), em contraste com aquelas decisões que podem ser marcadas pela argumentação por políticas (*policies*). Em *Levando os Direitos a Sério* Dworkin está mais preocupado com uma forma de descrever a fenomenologia da prática jurídica e, não apenas contra o utilitarismo, mas também contra o positivismo e o realismo escandinavo, direcioná-la contra a tese da discricionariedade.

Ainda assim, parece haver uma réplica às objeções de Yowell na formulação dworkiniana. A tese dos direitos como trunfos pressupõe, antes de mais nada, que os valores e interesses (individuais e coletivos) estão dispostos numa rede. A teoria aceita a

existência de um espaço para os interesses socialmente desejáveis e que a sociedade crie mecanismos para criar condições equânimes para todos; mas, para Dworkin, o *how* de uma política não é, em si, um *moral right*<sup>10</sup>; ao contrário, sua tese invoca a necessidade de análise criteriosa do *how* para avaliar se ele fere algum direito.

O caráter interpretativo da prática de aplicação do Direito tem seu papel aqui. Como os princípios, os trunfos não são devem ser lidos como *estaticamente* absolutos<sup>11</sup> e podem ser “derrotados” (DWORKIN: 1977, p. 92-93); mas, para isso, é preciso identificar um conjunto de condições que demonstre que algo (como uma política de interesse majoritário) ameace um *moral right* ou não. Os “direitos abstratos” tendem a ter uma formulação retórica absoluta, é verdade, como o objetivo político geral da liberdade de expressão; sua tradução em “direitos concretos”, no entanto, não é sugerida da mesma forma (DWORKIN: 1977, p. 308-310)<sup>12</sup>. Aliás, para Dworkin, é preciso ainda salientar que mesmo quando direitos morais estão enunciados normativamente (como os direitos fundamentais de uma Constituição) isso não impede a necessidade de interpretá-los na rede de interesses, valores e práticas de uma dada comunidade jurídico-política. Contra o raciocínio majoritário do utilitarismo, a tese dos direitos como trunfos nos obriga a olhar não apenas para a consequência (prática e de efeitos jurídicos) de uma norma, mas a seu valor de fundo, e em que medida respeita à igual consideração de interesses dentro de uma comunidade, i.e., sem violar direitos.

Para Dworkin, diga-se de passagem, nem mesmo os princípios da *igualdade* (basilar para sua teoria política, como visto) e da *dignidade da pessoa humana* – que sugere como comumente reconhecidos pelas comunidades políticas contemporâneas, ao menos no Ocidente – não são exaustivos, topologicamente prioritários; não há “trunfo supremo”. Nesse sentido, um antifundacionista (no mesmo sentido que Kant ou Rawls) e um pluralista, Dworkin não enxerga a possibilidade lógica ou epistemológica de fazer derivar o sistema moral, político e jurídico a partir de uma base geral e universal. E assim como a moralidade, a identificação de um *moral right* – e, ao que interessa à resposta da crítica, ao peso desses direitos “fundamentais” e individuais – depende de

---

<sup>10</sup> Os indivíduos possuem, assim, *rights*, e não direito à certas *policies* específicas. O caso paradigmático é aquele apresentado no texto “*Ação afirmativa: funciona?*” incluso em *A Virtude Soberana* (1992). Sinteticamente, para Dworkin não há um *moral right* à quotas sociais, por exemplo, mas sim, efetivamente, um direito à igualdade e à criação de mecanismos para a igualdade.

<sup>11</sup> Eles *podem* de modo absoluto, mas não o são por definição.

<sup>12</sup> Dworkin em sua resposta à crítica de Greenwald.

um conjunto de práticas e crenças socialmente compartilhadas. Esse conjunto pode até ter convergência com outras comunidades políticas – os EUA e a Inglaterra, por exemplo –, mas, para Dworkin, assim como não há necessidade lógica de pressupor a universalidade e necessidade de certos interesses ou valores morais e políticos, igualmente, não há como, a rigor, antever sem contexto das práticas sociais quais os *rights* e quais princípios são consagrados dentro de uma comunidade (na ênfase anti-solipsista de Dworkin: não é um apelo ao senso moral *do juiz*, mas um apelo sério e independente das meras convicções intuitivas do aplicador do direito).

A “gramática de direitos” é gramática *falada*, que emerge das práticas, e não pode ser descrita *a priori*. O relevo do argumento de Dworkin está, antes de mais nada, e ao revés do positivismo – pense-se aqui, em particular, o direito natural *mínimo* de *O Conceito do Direito* (1961) de Herbert Hart, que coloca fora do direito apenas situações muito limítrofes, sem a operacionalidade dos *moral rights* no sentido de Dworkin –, em levar a sério esta gramática dos direitos que deriva das práticas sociais e da argumentação nelas envolvidas, que faz parte, como um fato, da linguagem dos operadores do direito. É igualmente no bojo dessas práticas sociais – como Dworkin já assentara no célebre texto *Modelo de Regras I* – que os *moral rights* são, em primeiro lugar, *identificados* e, em segundo lugar, *sopesados*, “ponderados” entre si e em seus pesos.

Isso também responde à crítica de Yowell a respeito da centralidade das “motivações” (à revelia do conteúdo) na tese dos direitos. O texto *Casos Difíceis* já apontava que, para Dworkin, a referida tese ajuda a esclarecer – melhor do que o positivismo o fizera – este problema fundamental, especialmente diante da insuficiência de regras ou soluções jurídicas claramente aplicáveis. Para responder aos *hard cases* Dworkin introduz (por meio dos princípios que, em última instância, dão fundamento aos *rights*) uma dimensão moral no cerne da vida do Direito, na medida em que afirma o caráter imprescritível dos direitos. Para Dworkin, toda sentença jurídica é um juízo moral que deve levar em conta as exigências compartilhadas da ética social e política daquele lugar e momento. Quando as regras são insuficientes, especialmente nos casos difíceis, o juiz pode recorrer aos princípios para resolver o caso: estes, os princípios, segundo Dworkin, revelam a obrigatoriedade das normas que ordenam e coagem a orientação geral da política jurídica no sentido de defender os direitos.

A crítica de Pildes à descrição da tese dos direitos de Dworkin é mais contundente ainda que, como salienta o próprio autor (PILDES: 2000, p. 314-315), não seja descartável a tentativa de conciliar o grosso de seu pensamento. Seja como for, Pildes parece ter razão ao assinalar que Dworkin pesa sua mão em binômios como direitos individuais e metas coletivas, entre proteção *versus* promoção de interesses. Dworkin, apesar de nunca ter deixado de ser um autor liberal avesso ao utilitarismo extremado, carrega as tintas numa formulação bastante tocquevilleana dos direitos como trunfos, isto é, direitos que são retirados até mesmo da disposição da vontade da maioria em uma democracia<sup>13</sup> e não são incompatíveis com a lógica dos direitos naturais se tomada de modo menos trivial.

Desta forma, Pildes convida a pensar nos direitos não como imunidades-trunfos, mas como *caminhos* para a realização de interesses tanto individuais quanto coletivos. As principais consequências: ao se descrever a prática jurídica (i) há que se falar menos em discussões a respeito do devido “peso” dos direitos e mais na atenção dada aos juízes às justificações do Estado (e dos instrumentos jurídicos normativos)<sup>14</sup>; (ii) a descrição dos direitos se torna mais abrangente, entendendo os direitos não apenas num aspecto protetivo-negativo (oponível *erga omnes* ou contra o Estado), mas como instrumentos técnico-jurídicos criados política ou administrativamente com o intuito de fazer cumprir as funções da ordem estatal (a crítica de Pildes aqui se distingue bastante daquela de Yowell). Os “direitos”, não sendo tão somente imunidades ou escudos, mas parte daquilo que *está em jogo* na arena política, entram no processo mais geral de verificação de razões e fundamentações entre os valores e interesses em debate na comunidade. O “balanceamento” ou “sopesamento” não se trata, assim, de encontrar o direito “mais pesado” no caso concreto, mas de uma incursão a respeito das *justificações* das ações públicas. Podemos retornar ao exemplo da livre expressão: as discussões judiciais em torno dele – em termos dworkinianos, a *prática* à qual observamos e queremos dar sentido – são melhor explicadas não pela forma de uma “proibição geral de interferência” que resguarda este tradicional direito liberal, mas por

---

<sup>13</sup> Veja-se por exemplo TOCQUEVILLE: 2010 [1835], p. 188-189.

<sup>14</sup> “In this way, courts seek to realize those specific common goods the pursuit of which is the point of recognizing particular constitutional rights. Constitutional law involves judging whether government actions are consistent with these common goods in areas marked off through the recognition of rights”, cf. PILDES: 1998, p. 734.

discussões em torno da legitimidade das motivações que levam o governo a, por exemplo, criar tipos legais como a apologia ao crime, penalizar discursos de ódio às minorias ou banir o porte de símbolos ou bandeiras nazistas. Perceba-se, em última instância, que Pildes não nega a existência de um tipo de direito como “trunfo”: apenas considera que tal esquematização não é abrangente nem adequada para dar conta de toda a descrição.

Embora uma leitura integral do *corpus* dworkiniano pudesse levar a uma caracterização da tese semelhante àquela preferida por Pildes (e a despeito da indiscutível oscilação de linguagem de Dworkin), há mérito de maior precisão ao olhar crítico lançado à tese dos direitos nestes termos. Mantém-se a diretriz dworkiniana de levar a sério o contexto, a “rede” de práticas e crenças da qual emergem os direitos individuais tidos por indispensáveis nas sociedades contemporâneas.

#### 4. CONCLUSÃO

Dworkin, seus críticos concordariam, contribuiu para a agenda da teoria do direito ao reavivar – através da tese dos direitos – uma discussão bastante sofisticada a respeito daquilo que fundamenta os próprios direitos. A contínua revisitação do próprio Dworkin a velhos temas – por vezes, atualizando a linguagem, noutros casos efetivamente sofisticando o seu argumento – indica a centralidade que o próprio filósofo do direito deu à tese dos direitos em sua obra.

Os “direitos como trunfos” emergiram da necessidade de levar em real consideração algo que está implicado no interior da linguagem, retórica e práticas jurídicas: o apelo a certos conteúdos que são considerados fundamentais para a comunidade política. Essa “gramática” só pode ser desvendada contextualmente, mas ela existe como uma barreira ao arbítrio e àquilo que pode ameaçar a consecução dos interesses individuais. Valendo-nos da velha metáfora: em Dworkin, são *os direitos* que formam a moldura.

#### BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977

DWORKIN, Ronald. “Do we have a right to pornography?”. In: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986a.

DWORKIN, Ronald. *The Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986b.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PILDES, Richard H. “Why rights are not trumps: social meanings expressive harms and constitutionalism”. In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 27, 2007, p. 725-763.

PILDES, Richard H. “Dworkin’s Two Conceptions of Rights”. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, n. 1, 2000, p. 309-315.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro das Silva. São Paulo: Folha de SP, 2010 [1835].

YOWELL, Paul. “A Critical Examination of Dworkin’s Theory of Rights”. In: *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 52, 2007, p. 93-137.