

SÃO OS DIREITOS COMO TRUNFOS DISPONÍVEIS? REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN

Letícia de Campos Velho Martel*

RESUMO

Este estudo é guiado pela seguinte indagação: é possível considerar os “direitos-trunfo” como disponíveis *prima facie*, à luz da teoria de Ronald Dworkin? Para respondê-la, discute-se, após a delimitação do conceito de disposição de direitos e do apreço da noção de “direitos como trunfos”, se é possível considerar os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis, tendo em vista as concepções dworkianas de (a) liberdade; (b) integridade; (c) igual respeito e consideração. Conclui-se que não é apropriado considerar os direitos-trunfo, como regra geral, *prima facie* disponíveis. Para reputar os direitos como disponíveis ou indisponíveis, tanto *prima facie* quanto definitivamente, será necessário percorrer um longo caminho interpretativo.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITOS COMO TRUNFOS; DIREITOS INDISPONÍVEIS; RONALD DWORKIN.

ABSTRACT

This paper is guided by the following question: is it possible to consider “rights as trumps” as *prima facie* alienable rights? To answer this, I will discuss the possibility of considering “rights as trumps” as *prima facie* alienable rights in the light of Dworkin’s conceptions of (a) liberty; (b) integrity; (c) equal concern and respect; after analyzing the concept of alienable rights and “rights as trumps”. I conclude that it is not appropriate to consider “rights as trumps” as *prima facie* alienable ones as general normative premise.

KEYWORDS

RIGHTS AS TRUMPS; INALIENABLE RIGHTS; RONALD DWORKIN.

* Doutoranda em Direito Público /UERJ. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas/UFSC. Professora da UNESC e membro do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania NUPEC/UNESC.

1. Introdução

É tradicional a afirmação de que os direitos fundamentais são indisponíveis. Diversos textos acadêmicos, manuais, declarações internacionais, constituições e leis assim referem. A assertiva assume duas conotações, cada qual pertencente a um plano. A primeira é conceitual-descritiva, isto é, sustenta que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental, é intrínseca ao direito. A segunda, a normativa, sustenta que os direitos fundamentais *devem ser* indisponíveis, existindo justificção para o uso da coercibilidade estatal para impedir a disposição dos direitos fundamentais.

O objetivo desse ensaio é refletir, no plano normativo, sobre a (in)disponibilidade dos *direitos como trunfos*, tal qual conceituados pelo jusfilósofo Ronald Dworkin. O ponto de partida é uma afirmação constante em um texto de Jorge Reis Novais, na qual ele sugere que conceber direitos como trunfos significa, necessariamente, aceitar a disponibilidade *prima facie* de tais direitos. A idéia central que será exposta é a de que, embora a concepção de direitos-trunfo possa oferecer um argumento a favor da disponibilidade de determinados direitos em circunstâncias específicas, não é hábil a sustentar uma tese normativa ampla de disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais. Serão elencadas três ordens de razões para sustentar a inadequação da tese da necessária disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo: (a) seu desajuste em relação ao modo como Dworkin compreende os direitos de liberdade; (b) (b.1) seu distanciamento da teoria dworkiniana do direito e dos direitos como conceitos interpretativos; (b.2) sua atuação mecânica, como se regra fosse, gerando uma fuga dos argumentos de princípio e, via de consequência, dos problemas morais subjacentes aos *casos difíceis*; (c) seu possível distanciamento em relação ao componente substantivo axiomático do edifício teórico de Dworkin, o dever de tratar a todos com *igual respeito e consideração*.

Para tanto, será exposto o conceito de disposição de um direito fundamental e será delimitado o campo de trabalho aos direitos-trunfo, a fim de criar um espaço léxico comum que torne possível a discussão. A seguir, serão explorados os sentidos possíveis da afirmação feita por Jorge Reis Novais acerca da disponibilidade *prima facie* dos *direitos-trunfo*. Após, serão desenvolvidos os argumentos que visam a refutar a noção

de disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo, na seqüência descrita no parágrafo anterior¹.

2. Disposição de Direitos Fundamentais: demarcações conceituais necessárias

Dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força da expressão de vontade do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares². A chave da idéia está no consentimento, ou seja, na manifestação volitiva genuína do titular hábil a alterar posições jurídicas. Portanto, afirmar que um direito fundamental é indisponível significa que o consentimento do titular não enseja o enfraquecimento de posições jurídicas de direitos fundamentais em face de terceiros³.

Do conceito oferecido à disposição compreende-se que ela é intersubjetiva e limitada aos direitos que implicam deveres. Destarte, situações de dano a si que não são intersubjetivas estão fora do conceito de disposição. Se uma pessoa comete suicídio, sozinha e sem qualquer auxílio ou instigação por terceiro, não dispõe do direito fundamental à vida, porquanto não desobriga qualquer pessoa (nem o Estado) mediante seu consentimento. Por outro lado, se uma pessoa permitir, mediante consentimento, que um terceiro realize o ato de matá-la (*e.g.*, eutanásia), disporá do seu direito fundamental à vida, pois o consentimento visou a desobrigar terceiro e a enfraquecer posições jurídicas de direito fundamental que protegiam o titular.

A indisponibilidade do direito pode ser uma restrição lançada sobre a esfera das liberdades do titular, o qual não poderá, por ato de vontade, dele se despojar. Neste ensejo, compreende-se que a disposição de um direito fundamental pode ser um ato complexo, pois pode envolver, simultaneamente, o exercício e a restrição de direitos fundamentais⁴. Diante desta constatação, percebe-se que, quando se impede alguém de

¹ Tais argumentos serão elaborados com esteio nas seguintes obras de Ronald Dworkin: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p.153-167.

² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996, p.267.

³ Sobre o assunto, ver: McCONNELL, Terrance. *Inalienable Rights – the limits of consent in medicine and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p.19.

⁴ McCONNELL, Terrance. Op. cit., p.IX-X. MEYERS, Diana T. Op. cit., p.7.

dispor do seu direito, está-se, ao mesmo tempo, preservando posições jurídicas decorrentes do direito e, possivelmente, restringindo as liberdades do titular.

Uma vez conceituada a disposição de direitos fundamentais, passa-se ao exame da categoria direitos-trunfo, consoante trabalhada por Ronald Dworkin.

3. Compreendendo os direitos-trunfo

Tornou-se famosa a metáfora dos direitos como trunfos, elaborada por Ronald Dworkin. Segundo o autor, “*rights are best understood as trumps over some background justifications for political decisions that states a goal for the community as a whole*”⁵. Em linhas gerais, a afirmação significa que uma meta coletiva de uma comunidade não é justificação suficiente para que esta mesma comunidade empregue a coercibilidade estatal para restringir ou lesar algum direito-trunfo. O direito-trunfo, quando confrontado com a meta coletiva (argumento de política), vence, via de regra. Quando confrontado com um argumento de princípio, será então necessário, considerados todos os aspectos, decidir qual grupo de argumentos receberá maior peso no caso⁶. Nessa hipótese, haverá um *caso difícil*, no qual, dentre os direitos abstratos concorrentes, talhar-se-á um direito concreto (de modo não retroativo, segundo Dworkin).

Dworkin distingue diversas categorias de direitos. Não é qualquer direito que assume o posto de direito-trunfo⁷. Os direitos-trunfo são aqueles preexistentes, identificados em uma comunidade de princípios - uma comunidade personificada, cujo elo entre as pessoas é a fraternidade e não um mero acidente geográfico ou uma mera convenção. A identificação de tais direitos ocorre com fulcro na ligação substantiva com o seu fundamento, a *concepção liberal da igualdade*⁸, com exame da distribuição

⁵ DWORKIN, Ronald. *Rights...*, p.153.

⁶ Dworkin distingue os argumentos de política dos argumentos de princípio, informando que, embora eles não esgotem a argumentação política, são seus fundamentos essenciais: “*os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo*”. Já os argumentos de princípio “*justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita o direito de um indivíduo ou de um grupo*”. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op. Cit., p.131.

⁷ Todavia, é crucial compreender que estes direitos criados por lei devem ser aplicados pelo Poder Judiciário não como uma questão de política, mas como uma questão de princípio, sob pena de ferir-se a igualdade. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op. Cit., p.131. DWORKIN, Ronald. *O império...*, Op. Cit., p.266.

⁸ O *igual respeito e consideração* é um postulado que Dworkin presume que todos aceitem. É axiomático e dele derivam os direitos particulares. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op.Cit., p.419-421.

dos direitos (via de regra, os direitos-trunfo não podem ser reconhecidos a um grupo e não a outros), bem como mediante o recurso à tradição, à história institucional e à moralidade comunitária. No caso estadunidense, alguns direitos-trunfo figuram, também, no texto da Constituição. Dworkin não oferece uma lista dos direitos-trunfo, tampouco concebe uma fórmula mecânica que permita a sua identificação. Reconhecer um direito-trunfo é uma tarefa interpretativa, para a qual é imprescindível assumir a comunicação entre a moralidade e o direito⁹.

De pronto se percebe que um direito-trunfo não se confunde com o conceito de direito fundamental enquanto norma jurídica positivada, como trabalhado por muitos juristas da família da *civil law*. Os direitos-trunfo são antes *direitos morais*, que adentram, pela via interpretativa, no direito, tornando-se vinculantes. Assentam-se na justificação moral, por seu elo com a concepção liberal de igualdade e não se confundem com a positivação de normas de direito fundamental. Por esta razão, neste trabalho, o recurso à expressão direitos fundamentais confina-se à noção de direitos-trunfo, como concebida em Dworkin, e não se estende a todos os direitos que se encontram positivados como direitos fundamentais, especialmente quando se tem em conta Constituições analíticas, como a brasileira e a portuguesa. Somente assim poder-se-á discutir a afirmação de Reis Novais sobre a disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo.

4. Direitos-trunfo e disponibilidade: o ponto de partida para a discussão

Em excelente estudo sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais, no qual propõe uma série de critérios para a admissibilidade da disposição de tais direitos, Jorge Reis Novais faz a seguinte afirmação sobre a relação entre os direitos-trunfo e a disponibilidade:

É que, se a **titularidade** de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo em face do Estado, é um “trunfo” nas mãos do indivíduo (DWORKIN), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e da auto-determinação - que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e cada um dos direitos fundamentais - decorre o poder de o titular de dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre

⁹ Assim como não é tarefa mecânica, a identificação dos direitos-trunfo também não está amparada, segundo Dworkin, em categorias metafísicas. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op. Cit., p.XV; XIX. DWORKIN, Ronald. *O império...*, Op. Cit., p.456.

conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria¹⁰.

Em primeiro lugar, considera-se que a afirmação de Novais sugere que o próprio conceito de direito-trunfo conduz necessariamente à aceitação de sua disponibilidade. Os termos da frase são bastante peremptórios, levando a crer, até mesmo, que os direitos-trunfo seriam definitivamente disponíveis. Porém, a noção de direitos definitivamente disponíveis, que não admitiriam sequer considerações de princípio como justificação estatal para torná-los indisponíveis é por demais excessiva, pois reduz drasticamente a capacidade de um sistema jurídico de coibir certas relações jurídicas, ao não permitir que o faça sequer para proteger outros direitos concorrentes. A afirmação não se ajusta às práticas de grande parte dos sistemas jurídicos ocidentais e não se coaduna com o intento de Novais. Deste modo, opta-se por compreender a afirmação como sugerindo que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis, existindo a possibilidade de o ordenamento jurídico tratá-los como indisponíveis com fulcro em argumentos de princípios concorrentes que, nas circunstâncias em apreço, tudo considerado, recebam maior peso. Nesse último caso - direitos-trunfo *prima facie* disponíveis-, o ônus argumentativo recairia sobre quem pretendesse que um direito-trunfo fosse tratado como indisponível e seria um ônus de argumentos de princípios, não de metas coletivas.

Partindo de duas razões, a dignidade e a liberdade (autonomia e autodeterminação), Novais compreende que um direito-trunfo é uma posição de vantagem, cabendo ao titular defini-la, de modo que, se na aceção do titular o direito-trunfo converter-se em um ônus indesejado, ele poderá despojar-se desse direito. Entende-se que essa afirmação pode ser lida de duas maneiras: (a) cada direito fundamental representa, por si mesmo, uma esfera de controle do titular. Essa esfera permite que o titular, no exercício de autonomia advinda do próprio direito

¹⁰ Esse parágrafo situa-se na parte III do artigo, item 1, intitulado “*Natureza e fundamentos jurídicos do poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais*”. Nesse item e no subsequente, Novais justifica o seu ponto de partida - a disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais. Ao invocar os direitos-trunfo, ele está arrazoando o fundamento da disponibilidade, logo após recusar alternativas paternalistas. É muito importante tornar claro que esse excerto relativo aos direitos-trunfo confina-se ao objetivo de demonstrar o fundamento da disponibilidade *prima facie* e não traduz a globalidade do pensamento do jurista português. O que se discute neste estudo é apenas o emprego da categoria direitos-trunfo como um dos fundamentos da disponibilidade *prima facie* e não as demais posições e conclusões de Novais, as quais, aliás, são dignas de nota e apreço, pela profundidade e acuidade com que são tratadas. NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia...*, Op. Cit., p.287.

fundamental, despoje-se do direito se assim desejar; (b) a autonomia, como direito distinto e independente, é exercida quando um titular de um direito fundamental decide dele dispor. No primeiro caso, a autolimitação é consequência do exercício do próprio direito que sofre a limitação (para cada direito haveria potencialmente, pois, uma espécie de *direito-antítese*, e.g., para o direito à vida, o direito de morrer, e assim sucessivamente). No segundo, um direito atua e de seu exercício decorre a autolimitação de outro direito.

Explicando melhor, nos dois vieses, o consentimento é um exercício de liberdade. A matriz dessa liberdade pode estar no próprio direito ou pode estar em outro (um direito geral de liberdade). No primeiro caso, o direito é compreendido como uma esfera de controle do titular, que pode decidir, no espaço desse controle, livrar-se do direito. É uma questão conceitual, porquanto, na medida em que o direito é uma posição de vantagem, não pode converter-se em ônus para o titular. A vantagem e o ônus são definidos pelo titular. Na segunda acepção, existe um direito geral de liberdade que permite ao titular de direitos fundamentais despojar-se deles, se considerar vantajoso. Em ambos, a indisponibilidade significa uma ablação a um direito. Tornar um direito indisponível significaria retirá-lo da esfera de controle de seu titular, e, como ele é essa esfera de controle, operar-se-ia um impedimento no exercício do direito. Ou, no caso de um direito geral de liberdade, a indisponibilidade significaria uma restrição a esse direito de liberdade e não ao direito autolimitado.

Em qualquer das vertentes, a concepção de autonomia, do espaço de liberdade, é ampla. Na primeira, cada direito viria acompanhado de tal autonomia, sob pena de descaracterizar-se, convertendo-se em ônus. Na segunda, o ponto de partida é a noção de um direito geral de liberdade. Em termos práticos, o resultado obtido é muito semelhante, disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais em razão de uma compreensão abrangente da liberdade/autonomia. É exatamente esta noção abrangente de liberdade que merece ser discutida à luz da tese dworkiniana, uma vez que Dworkin, em que pese ser um liberal, não subscreve a existência de um direito geral de liberdade. Para efetuar essa discussão, partir-se-á da leitura (b), pois acredita-se que ela é a mais condizente com o modo como Dworkin trabalha os direitos fundamentais.

Antes de adentrar nesse assunto, um ponto necessita ser aclarado, a compreensão que Novais oferece à dignidade humana **no excerto em exame**. O autor menciona, além

da autonomia, a dignidade como justificção para a disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo. Apesar da intensa polissemia e da indeterminação do princípio da dignidade humana, é claro que Novais a utilizou no trecho com um sentido de dignidade como independência do sujeito, como a possibilidade de o titular de um direito autodeterminar-se, isto é, houve atrelamento a uma leitura específica da dignidade, que a associa à liberdade humana¹¹.

5. As liberdades e o direito geral de liberdade

A afirmação feita por Jorge Reis Novais sugere que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis em função de um direito amplo de liberdade. Desta feita, todos os direitos fundamentais seriam *prima facie* disponíveis. A fim de impedir a disposição, deve-se arcar com o ônus argumentativo e, sendo coerente com a teoria dos direitos de Dworkin, os argumentos capazes de receber maior peso do que um direito-trunfo são os de princípio, não os de política. Sustenta-se que essas considerações não se coadunam com o pensamento de Dworkin acerca dos direitos de liberdade.

Em diversos pontos da sua obra, Dworkin menciona que não abaliza a noção de um direito geral de liberdade, tampouco acredita que a liberdade seja o fundamento dos demais direitos. Para ele, existem liberdades básicas, cujo fundamento é o princípio do igual respeito e consideração (concepção liberal da igualdade). Seguindo a esteira de John Stuart Mill, Dworkin diferencia a liberdade como licença, “isto é, o grau em que uma pessoa está livre das restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade”, da liberdade como independência, “isto é, o status de uma pessoa como independente e igual e não como subserviente”¹². A idéia de liberdade como independência é mais complexa e menos indiscriminada que a de liberdade como licença, já que ela permite distinções de comportamento. Uma vez que alguém ofereça um argumento geral em prol da liberdade como licença, “seu argumento também apóia,

¹¹ Ao longo de seu trabalho, Novais aponta duas leituras diversas da dignidade humana - o viés de liberdade e o viés de constrangimento externo. Por isso, ele assume que no tema da disposição dos direitos fundamentais a dignidade humana pode assumir uma função tautológica. Isso não o leva a negligenciá-la, apenas a retirar o conceito da centralidade na análise de uma disposição de direitos fundamentais. Por isso, é mister pôr em destaque que o enlace entre dignidade e autonomia não é o único ângulo pelo qual Novais compreende a dignidade, apenas foi o ângulo que ele adotou nesse trecho relativo aos direitos-trunfo. O termo polissemia é usado por Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade - Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.16.

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op.Cit., p.404.

pelo menos pro tanto, a liberdade de formar monopólios ou de apedrejar vitrines de lojas”¹³.

Dworkin é deveras claro ao refutar um direito geral de liberdade, tornando-se pertinente transcrever alguns trechos do seu desenvolvimento argumentativo:

(...) Na verdade, parece-me absurdo supor que homens e mulheres tenham qualquer direito geral à liberdade, pelo menos do modo como a liberdade tem sido concebida por seus defensores.

Tenho em mente a definição tradicional da liberdade como a ausência de restrições impostas pelo governo ao que um homem poderia fazer, caso desejasse. No mais famoso ensaio moderno sobre a liberdade, Isaiah Berlin colocou a questão deste modo [transcrição do conceito de Berlin]. Esta concepção da liberdade como licença é neutra quanto às diferentes atividades que um homem pode buscar realizar, os diferentes caminhos que pode querer trilhar. (...)

Na verdade, só é possível manter essa noção se diluirmos muito a idéia do que é um direito (*right*). E nesse caso, o direito à liberdade acaba tornando-se algo que não vale muito a pena possuir”¹⁴.

Ao ligar a idéia de um direito geral de liberdade à concepção de direitos, Dworkin refere:

Para perguntar sensatamente se temos um direito à liberdade nesse sentido neutro, devemos fixar-nos em um único sentido da palavra ‘direito’ (*right*). Não é difícil encontrar um sentido desse termo que nos permita dizer, com alguma confiança, que os homens têm um direito à liberdade. Podemos dizer, por exemplo, que uma pessoa tem um direito à liberdade se for do seu interesse ter liberdade, isto é, se ela quiser tê-la ou se for bom para ela ter esse direito. Neste sentido, eu estaria disposto a admitir que os cidadãos têm um direito à liberdade. Neste mesmo sentido, porém, eu teria igualmente de conceder que eles têm um direito, pelo menos em termos gerais, a sorvete de baunilha. Além disso, essa minha concessão a respeito da liberdade teria muito pouco valor no debate político (...).

Portanto, se cabe ao direito à liberdade desempenhar o papel talhado para ele no debate político, ele precisa ser um direito em um sentido muito mais forte (...). No sentido forte que descrevi, uma reivindicação bem-sucedida a um direito tem a seguinte consequência. Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim¹⁵.

É nítido que, para Dworkin, conceber a existência de um direito geral de liberdade significa adotar um conceito fraco de direito. O direito fraco é aquele que admite restrição mediante uma justificação, quer baseada em argumentos de política, quer de princípios. Os direitos-trunfo não são direitos fracos, pelo contrário, são justamente os direitos fortes, que somente podem ser constrictos mediante específica

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op.Cit., p.405.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op.Cit., p.411-413.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op. Cit., p.413-414.

justificação de princípio, desde que ela assuma, tudo considerado, maior peso. Torna-se patente a inadequação da idéia de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis.

Ilustrar-se-á o argumento com casos hipotéticos. Suponha-se que um indivíduo A, um adulto saudável, decida por razões frívolas - mera diversão, ou uma desilusão amorosa - contratar B para matá-lo (esta hipótese será referida como AB). Esse indivíduo está dispondo do seu direito fundamental à vida. Se o Estado impedisse esse tipo de contrato, haveria alguma liberdade para triunfar ou concorrer com as razões apresentadas pelo Estado, exigindo-lhe atuar apenas com argumentos de princípio? A pergunta é interpretativa e exige investigar se a coerção estatal atinge uma liberdade básica de A e de B. Assume-se que, no caso, essa liberdade não se faz presente, não há um elemento de liberdade como independência, apenas liberdade como licença¹⁶. Desta sorte, não há um direito-trunfo de liberdade a ser oposto ao Estado e o direito-trunfo à vida pode ser reputado indisponível mediante qualquer justificativa plausível, quer de política, quer de princípio. Fosse o direito-trunfo à vida *prima facie* disponível em razão de um direito geral de liberdade, somente seriam aceitáveis argumentos concorrentes de princípio, jamais de política¹⁷.

É importante perceber, porém, como a situação pode mudar de acordo com o contexto. Se um indivíduo C, acometido por uma doença incurável, sofrendo intensamente e em estágio terminal, optasse pela eutanásia, dispondo do seu direito à vida ao desobrigar o médico D mediante consentimento, a proibição de tal disposição poderia significar o bloqueio de uma liberdade básica especificamente considerada, a qual somente poderia ser obliterada por fortes razões de princípio concorrentes (esse caso será chamado CD). Nessa hipótese, a liberdade básica reconhecida triunfa sobre os demais argumentos de política e concorre com argumentos de princípio, que, para

¹⁶ Evidentemente, a resposta a tal questão interpretativa deve ser oferecida com apoio em profundos elementos concernentes à moralidade política de uma comunidade, à tradição, à história institucional e, especialmente, ao igual respeito e consideração, com o emprego da *atitude interpretativa*. Aqui, utilizou-se uma simplificação, assume-se que não há a liberdade. Mas frisa-se, a negação da existência de uma liberdade básica não é uma tarefa mecânica ou dependente de um intuicionismo moral, ela deve ser fundamentada segundo as diretrizes ofertadas por Dworkin.

¹⁷ Não é difícil identificar o direito à vida como um direito-trunfo. Em primeiro lugar, ele está intimamente relacionado, inclusive instrumentalmente, à noção de igual consideração e respeito. Em segundo lugar, quanto à distribuição, é um direito que não se pode negar a um grupo e reconhecer a outro, como pode ocorrer com os direitos legislativos. Em terceiro lugar, ele de regra não pode ser desconsiderado em função de metas coletivas. Em quarto, é um direito enraizado nas práticas e tradições jurídicas ocidentais.

justificar a proibição da eutanásia - e, portanto, da disposição do direito à vida - devem ser mais fortes do que a liberdade básica.

Aqui se percebe que a presença de uma liberdade básica no ato de disposição de um direito fundamental oferece um argumento em prol da disponibilidade de alguns direitos, em contextos específicos. Um exemplo mencionado anteriormente pode ser de valia aqui. Se um indivíduo decide submeter-se a uma cirurgia de mudança de sexo, estará dispondo do seu direito à integridade física, eis que seu consentimento permite a terceiro agir de forma que não poderia se não houvesse a manifestação volitiva genuína do titular do direito. Nessa hipótese, ao consentir, o titular exerceu uma liberdade básica, contida em seu direito de privacidade. Com esse exercício, autolimitou seu direito fundamental à integridade física. Se a comunidade deliberar e decidir proibir tal ato cirúrgico, tornando indisponível o direito à integridade física nessa situação, o titular do direito poderá opor a sua liberdade básica como um trunfo contra a maioria moral que o impede de exercê-la. Somente mediante fortes argumentos de princípio - mais fortes que a liberdade básica - será justificada a coerção estatal nesse caso. Ela não seria justificável mediante argumentos de política, que visassem metas coletivas, pois a liberdade básica triunfaria.

Porém, da constatação de que há hipóteses nas quais a presença de uma liberdade básica pode ser um argumento de princípio a favor da disponibilidade de um direito-trunfo não se pode saltar para a conclusão de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis. Em inúmeras circunstâncias não serão *prima facie* disponíveis, pois simplesmente não haverá uma liberdade básica no ato de disposição. A única forma de se sustentar, com generalidade, que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis é adotar essa expressão em um sentido demasiadamente fraco, com esteio em um direito geral de liberdade mais frágil que um cristal. Como escreve Dworkin em outros contextos, um direito putativo como esse nada acrescenta ao debate.

5. Interpretação, Princípios, Moralidade e Coerência

Até esta etapa, sustentou-se que a idéia de direitos-trunfo disponíveis *prima facie* não se mostra compatível com a concepção de Ronald Dworkin acerca das liberdades básicas. Neste tópico, argumentar-se-á que a associação entre um direito-trunfo e uma vantagem que será definida pelo titular, em que pese invocar princípios como a liberdade e a dignidade, opera de modo mecânico e acontextual, distanciando-se

tanto do Netuno de Dworkin - a integridade - quanto da própria idéia de princípios e direitos, eis que estes são vinculados à moralidade e à integridade.

Para chegar à conclusão de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis, é necessário assumir que o direito é uma vantagem a ser definida pelo titular, ao ensejo da sua liberdade e dignidade. O modo como a liberdade opera, assim como o próprio conceito de direito-trunfo, são mecânicos. Titularidade de um direito-trunfo é vantagem, é liberdade do titular definir, oferecer conteúdo, à noção de vantagem, logo, os direitos-trunfo são disponíveis *prima facie*. Na medida em que grande parte dos casos sobre disposição de direitos-trunfo são casos difíceis, que envolvem complexas questões de moralidade política, essa concepção dedutiva da disponibilidade dos direitos-trunfo - mesmo que *prima facie* - age de forma análoga ao agulhão semântico, paralisando-os.

Dworkin concebe o direito e os direitos como conceitos interpretativos, sem aceitar fórmulas mecânicas e testes de *pedigree* para determinar quais eles são e como operam. Ao compreender o direito como integridade, Dworkin sustenta a necessidade de reconstrução da coerência do sistema pelo intérprete-partícipe, que deve tratá-lo como uma *teia inconsútil* (se possível, evidentemente). A interpretação (não-mecânica e não-neutra) ocorre mediante a atitude interpretativa, que não é apenas descritiva, mas também propositiva (a interpretação deve pôr em prática um valor) e aplicativa¹⁸. Entende-se que a noção de direitos-trunfo *prima-facie* disponíveis não atende nem à idéia interpretativa, nem à de teia inconsútil, dois fatores primordiais à integridade.

Em um caso referente à disposição de direitos-trunfo, a atitude interpretativa mostra-se presente desde a identificação de um direito-trunfo até a solução final. Não se pode isolar uma dessas etapas e sustentar - com apoio em técnicas dedutivas, pré-concepções ou conceitos semânticos - que há um ponto de partida pré-determinado. Não

18

A *atitude interpretativa* é uma forma de interpretação criativa, por destinar-se a práticas sociais. Os planos de descrição, compreensão e aplicação não estão separados. Ela compreende três etapas: (a) “pré-interpretativa”, na qual são identificadas as regras e os padrões que se considera fornecer o conteúdo experimental da prática; (b) interpretativa, na qual se elabora uma justificativa geral para os principais elementos das práticas identificadas na primeira etapa; (c) Pós-interpretativa, na qual o intérprete ajusta sua idéia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa. Ele pode propor reformulações e até mesmo sugerir que toda a prática tem sido um erro à luz daquela justificativa. Entrementes, empregar a atitude interpretativa não significa que o intérprete possa fazer da prática o que bem entender, ele é constrangido pela história e pela forma da prática. Essa posição dworkiniana possui raízes na hermenêutica de Gadamer. DWORKIN, Ronald. *O império...*, Op. Cit., p.75 e ss. GADAMER, Hans-George. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997. ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* Santafé de Bogotá: Uniandes, 1999.

apenas o ponto de chegada é determinado interpretativamente, o de partida também o é. Então, a questão de se um direito-trunfo, num certo contexto, é *prima facie* disponível é uma indagação interpretativa. Para respondê-la, o intérprete lançará mão do complexo método da integridade, que envolve, dentre outros elementos, a avaliação da adequação às práticas jurídicas de uma comunidade e da sua justificação. Na primeira, lida-se com o ajustamento de uma interpretação e dos princípios jurídicos a ela subjacentes às práticas jurídicas e sociais de uma comunidade de princípios. Na segunda, põe-se em questão se tal interpretação honra as práticas, quando vistas sob sua melhor luz¹⁹. Ademais, a integridade exige coerência, não uma coerência cega, mas uma coerência de princípios, que leva em conta decisões passadas da comunidade personificada e imprime importância aos princípios adotados, assumindo-os como relevantes para desafios futuros que se apresentem ao sistema.

Em face dessas informações, é interessante tomar um caso paradigmático²⁰ como exemplo para analisar a afirmação de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis. O direito à vida é um caso paradigmático de direito-trunfo. A interpretação que sustenta que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis é capaz de incluí-lo? Para obter a resposta, deve-se avaliar se a disponibilidade *prima facie* do direito-trunfo à vida se ajusta às práticas da comunidade de princípios em exame. Tanto nos EUA, quanto no Brasil, a prática tradicional é justamente a inversa - é considerar o direito à vida indisponível e desconsiderar a possível liberdade do sujeito de dispor do direito. A noção de disponibilidade *prima facie* não se ajusta e a interpretação (com o princípio a ela subjacente) não encampa esse caso paradigmático. Há um sem número de argumentos de princípio e de política hábeis a justificar tal prática social, dentre eles o

¹⁹ Em o *Império do direito*, Dworkin desenvolve em pormenor essas duas dimensões da integridade. Ao longo dos capítulos, diversas vezes ele próprio emprega essas dimensões. Em *O domínio da vida*, ele elaborou um pequeno resumo dessas duas dimensões, ao mencionar a interpretação constitucional. É relevante assinalar que a dinâmica dessas duas dimensões não é conservadora-descritiva, não adota apenas uma descrição das práticas e mensura se a interpretação ofertada a elas se ajusta. Fosse assim, confundir-se-ia com a moral cotidiana e majoritária de uma comunidade. É propositiva, pois visualiza a prática sob sua melhor luz e a seguir a reestrutura. DWORKIN, Ronald. *O império...*, Op. Cit., 60. DWORKIN, Ronald. *O domínio...*, Op.Cit., p.154.

²⁰ Segundo Dworkin, paradigma corresponde a “*exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático*”. Todavia, mister trazer à tona que “*os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo da contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco*”. DWORKIN, Ronald. *O domínio...*, Op. Cit., p.88-89.

próprio dever de proteção ao direito à vida (não de uma vida particular, mas mediante esquemas de proteção, na linha do princípio liberal do dano), bem como, nos termos de Dworkin, a proteção ao valor intrínseco da vida. Além disso, quando se tem em conta o fio de coerência de princípio exigido pela integridade, percebe-se que os princípios subjacentes à idéia de indisponibilidade do direito à vida encontram-se esparramados pelo sistema jurídico, nos seus mais diversos ramos - assim é no direito penal, onde o consentimento da vítima de um homicídio não isenta de responsabilidade o agressor; no direito civil, onde contratos de disposição do direito à vida são inválidos - e também em linhas inteiras de precedentes judiciais (prioridade local e o papel dos precedentes).

Porém, considerar interpretativamente - como ponto de partida - que a indisponibilidade do direito à vida se ajusta às práticas jurídicas e as justifica não é o mesmo que dizer que o direito à vida será indisponível em toda e qualquer situação. É tão-só o começo da tarefa, pois a integridade é “*sensível ao contexto*”. Então, retornando-se aos exemplos ofertados no item anterior, no caso AB, no qual A contratara B para matá-lo por motivos frívolos, o caminho a percorrer será indagar se reconhecer tal liberdade a A e a B ajusta-se às práticas jurídicas e se as justifica. O mesmo deve ser feito quanto a C e D. Assumir-se-á que as respostas serão distintas. No caso AB, a resposta será negativa, e no CD, afirmativa. Haverá, então, o reconhecimento de uma liberdade básica de C que está sendo restringida em nome dos argumentos de princípio que embasam a indisponibilidade do direito à vida. *In casu*, a proteção ao direito à vida está acontecendo a despeito dos direitos de C, o que não se passa em AB. Disso se segue que em CD haverá uma concorrência entre os argumentos de princípio subjacentes à indisponibilidade da vida e aqueles subjacentes à liberdade de C e D, que deverão ser devidamente acomodados ou sopesados no caso, à luz da integridade e das demais virtudes políticas²¹.

Em face do exposto, entende-se que reputar os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis afasta o intérprete da integridade nas etapas iniciais de exame de um caso, levando-o a desconsiderar importantes elementos de moralidade substantiva que se apresentam no reconhecimento de um direito-trunfo e, principalmente, na discriminação do conteúdo das liberdades. A concepção também pode conduzir a uma despropositada

²¹ Não é objetivo desse ensaio traçar as respostas para casos difíceis como esses à luz do pensamento de Dworkin. A intenção é a de ilustrar os argumentos acerca da disponibilidade dos direitos-trunfo.

perda da coerência, pois, em inúmeras situações, a consideração de um direito-trunfo como *prima facie* disponível pode não se ajustar e não justificar as práticas jurídicas de uma comunidade de princípios, vistas sob sua melhor luz. Para concebê-los assim, há um preço muito alto a pagar. A autonomia e a dignidade, em que pesem serem princípios, terão de receber um conteúdo inicial unívoco e acontextual e o resultado da sua atuação terá de ser tratado quase como uma questão de fato e não como um profundo problema interpretativo de moralidade política. O resultado seria um sistema arbitrário de prioridade *prima facie* do direito geral de liberdade, proposição inconsistente com a proposta coerentista de Dworkin.

A conclusão é que não se pode tomar um ponto fixo como partida - quer seja a disponibilidade *prima facie*, quer seja a indisponibilidade. A definição do ponto de partida, dependente que é de princípios, direitos e da moralidade comunitária, é em si mesma interpretativa e convida à discussão moral que deve permear os casos difíceis, como em geral são as situações de disposição de direitos fundamentais.

6. O igual respeito e consideração

Nos itens anteriores, sustentou-se que conceber os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis não se ajusta à tese dworkiniana, uma vez que essa concepção exige (a) aceitar um direito geral de liberdade, possibilidade negada por Dworkin; (b) distanciar-se dos elementos interpretativos e de moralidade política inerentes à noção de direito como integridade nas etapas iniciais de exame de um caso. Neste tópico, indagar-se-á se é possível aceitar os direitos trunfos como *prima facie* disponíveis em face da noção de igual respeito e consideração, sustentáculo substantivo da teoria de Dworkin.

Tem-se ciência de que Dworkin adotou uma moralidade baseada em direitos e não uma moralidade baseada em metas ou em deveres. O fundamento dos direitos-trunfo é a chamada concepção liberal da igualdade - o igual respeito e consideração. O edifício teórico de Dworkin encontra nesse axioma as suas fundações. A titularidade pelos indivíduos de direitos fortes preexistentes - ou seja, que não são produto de uma convenção nem de uma concessão dos poderes instituídos e são resistentes a quaisquer argumentos de metas coletivas e àqueles de princípio que não possuam, tudo considerado, mais força do que eles - derivados do igual respeito e consideração é a pedra fundamental do pensamento de Dworkin. Tais direitos, justamente os trunfos, são

as trincheiras protetoras do indivíduo que marcam uma das mais importantes diferenças entre Dworkin e as correntes que ele ataca (formas de convencionalismo e de pragmatismo, o positivismo e o utilitarismo). Destarte, os direitos-trunfo não apenas derivam do igual respeito e consideração, como compõem o seu invólucro protetor. Nas palavras de Morrison, “*a posse de direitos permite que as pessoas sejam tratadas como iguais*”²².

Ora, a disponibilidade dos direitos-trunfo significa exatamente a possibilidade de o indivíduo, por ato de vontade, enfraquecer posições jurídicas protegidas por tais direitos. O ato de disposição pode possuir diferentes graus, dependendo do direito em jogo e das modalidades de disposição. Essa pode ser temporária ou definitiva; parcial ou integral; do exercício ou da titularidade do direito. Levando-se em conta primeiramente o direito do qual se está dispondo, combinações de distintas modalidades de disposição conduzem a uma maior ou menor ablação do direito. O que se tem, portanto, é que, embora algumas combinações de modalidades de disposição de um direito fundamental produzam efeitos práticos leves ou moderados, outras (ou até as mesmas) combinações quanto a alguns direitos, produzem efeitos fortes ou intensos²³.

Pois bem, se o núcleo da moralidade baseada em direitos de Dworkin são os direitos derivados da concepção liberal da igualdade e se esses direitos exercem a função de guardiões do igual respeito e consideração, a interrogação que a disponibilidade dos direitos-trunfo introduz é profunda, uma vez que atinge esse próprio núcleo. Em muitas situações - aquelas mais intensas, avaliar a disposição de um direito fundamental equivale a perguntar se é justificável empregar a coerção estatal para impedir que uma pessoa, voluntariamente, despoje-se da titularidade de direitos que lhe asseguram o igual respeito e consideração.

Mais uma vez, a pergunta é interpretativa. E ela agora é posta de forma a atingir o coração da moralidade substantiva de Dworkin. Por um lado, a noção de igual respeito significa “*tratar os indivíduos como capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas e de agir de acordo com elas*”, por outro lado, a noção de igual consideração significa que o governo deve tratar a todos “*como seres*

²² MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito - dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.517.

²³ Para um exame pormenorizado das modalidades de disposição de direitos fundamentais, NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia...*, Op. Cit., p.267 e ss.

humanos capazes de sofrimento e frustração”²⁴. Os conceitos estão largamente enlaçados à concepção liberal após o assim chamado retorno a Kant, concebido por John Rawls e traduzido na idéia da prioridade dos direitos (ou do justo, segundo alguns) sobre o bem. Incumbe ao indivíduo escolher o seu ideal de vida boa. E se para isso ele entender necessário despojar-se da titularidade seus direitos-trunfo? E se a escolha for drástica a ponto de permitir que o indivíduo seja tratado de uma determinada forma a despeito da sua capacidade de sofrimento e de frustração? Qual é o papel que deve assumir o Estado em **situações-limite** como essas? Em alguns textos clássicos, esse problema era enunciado a partir de um exemplo drástico, o de um ser humano que decide ser escravo de outro. Mais recentemente, um caso ocorrido na França também trouxe à tona essa discussão. É o afamado caso do anão, no qual um anão permitia ser arremessado em um jogo, e a decisão final foi a de que ele não poderia despojar-se de sua dignidade, permitindo-se ser tratado como objeto, à revelia da própria posição do anão, que considerava ser indigno não poder se sustentar com o trabalho que escolhera²⁵.

Em Dworkin, a resposta certa dependerá do longo percurso interpretativo acima descrito e poderá variar de um sistema jurídico para outro. Não se pode olvidar que ela não será obtida mediante determinações apriorísticas, muito menos de forma mecânica, com um mero apelo à autonomia ou a uma concepção estanque e solipsista da dignidade humana, mesmo que empregadas apenas para estabelecer o ponto de partida. A liberdade, para Dworkin, tem sua raiz na igualdade e a protege, ambas são concebidas de forma a não conflitarem. Então, em primeiro lugar, é necessário ter em mente que a medida da liberdade advém de sua estreita ligação com a igualdade liberal.

Nas **situações-limite** de disposição de direitos-trunfo, estarão em cena a tensão entre a tradição de ser o Estado também responsável pela criação de um ambiente moral adequado e a tradição de respeito às liberdades²⁶, bem como a possibilidade de dissociação entre a liberdade de um indivíduo e os seus melhores interesses, a qual, no

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, Op. Cit., p.419.

²⁵ Cf: CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana - o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro, Forense, 2005. KUFLIK, Arthur. The inalienability of autonomy. *Philosophy and public affairs*. Vol 13, nº 4 (autumm, 1984) p.271-298. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ªed. Coimbra: Almedina, 2004, p.333, n111.

²⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *O domínio...*, Op.Cit.,p.209.

caso de pessoas adultas e psicologicamente saudáveis, conduz à intrincada temática dos graus de paternalismo admissíveis em sistema jurídico.

Nesse último ponto, é importante verificar um exemplo dado por Dworkin, que, ao explorar o desatrelamento do binômio autonomia e melhores interesses, recorre à noção de dignidade:

Entender as exigências da dignidade nesse sentido avaliatório ajuda a explicar uma característica da instituição da dignidade que à primeira vista parece enigmática. Muitos de nós consideraríamos errado permitir que um prisioneiro optasse por ser torturado ou mutilado como condição para ser liberado em seguida, em vez de passar muito tempo na prisão, ainda que considerássemos que o efeito inibitório da tortura sobre outros criminosos potenciais fosse tão convincente quanto o efeito inibitório da sentença de prisão. **Para nós, o simples fato de colocar o prisioneiro diante dessa opção já seria uma afronta à sua dignidade.** A interpretação experiencial da dignidade condenaria essa opinião por excesso de zelo irracional, pois só encontra o erro da indignidade nas conseqüências sentidas por sua vítima, razão pela qual nega que possa ser errado tratar uma pessoa do modo como ela possa preferir. A explicação avaliatória é diferente em dois sentidos. Em primeiro lugar, vê o erro da indignidade em uma relação entre os que demonstram indignidade e aqueles aos quais esta é demonstrada, e atribui aos primeiros, bem como aos últimos, um papel em qualquer decisão que envolva sua manifestação. Temos o direito de não agir de uma maneira que, em nosso ponto de vista, negue nossa percepção da importância moral de outra pessoa, mesmo que ela demonstrasse preferir que assim procedêssemos. Em segundo lugar, a explicação avaliatória pressupõe que o dano infligido a uma vítima da indignidade é avaliatório, seja ou não experiencial. De acordo com a explicação avaliatória, portanto, o dano pode ser genuíno mesmo quando não for reconhecido e, para a vítima, for pior do que alguma alternativa - ainda que ela a considere como a melhor de todas”²⁷.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O domínio...*, Op.Cit., p.338, nota nº23. E mais adiante explicita sua posição, em termos que se torna necessário transcrever: “(O fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa, como coisa distinta de fomentar esses interesses, nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano segundo o qual as pessoas devem ser tratadas como fins, nunca simplesmente como meios. Assim compreendido, esse princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que negue a evidente importância de suas próprias vidas). Em certo sentido, a dignidade é uma questão de convenção, uma vez que são diferentes os sistemas de gestos e tabus aos quais as sociedades recorrem para traçar os limites entre desvantagem e indignidade. Mas o direito que todas as pessoas têm - o de que a sociedade reconheça a importância de suas vidas e que expresse não importa em que linguagem - não constitui, em si, uma questão de convenção. Essa descrição geral do significado de dignidade explica o que chamei de sua voz ativa: nossa compreensão de que as pessoas se importam, e devem se importar, com sua própria dignidade. Alguém que comprometa sua dignidade está negando, seja qual for a linguagem usada por sua comunidade, o sentido de si mesmo como alguém que tem interesses críticos e cuja vida é importante em si. O que temos, aí, é uma traição de si mesmo. E nossa descrição também explica por que a indignidade é mais grave quando sua vítima não mais sofre em decorrência dela. Afinal, uma pessoa que aceita a indignidade aceita a classificação nela implícita, e é uma grande e lamentável derrota aceitar que a própria vida não tem a importância crítica de outras vidas, que seu transcurso é intrinsecamente menos importante”. DWORKIN, Ronald. *O domínio...*, Op. Cit., p.338-339

Em assim sendo, a cada caso difícil de disposição de direitos-trunfo, sobretudo naqueles mais drásticos, todo o amplo arco - desde os pontos de partida, como o reconhecimento de um direito-trunfo e a presença de uma liberdade básica, até a resposta final - deverá ser interpretativamente perpassado pela poderosa idéia de igual respeito e consideração. Significa dizer que, em diversos momentos - alguns anteriores à adoção da disponibilidade *prima facie* - ter-se-á que enfrentar profundas e substantivas questões de moralidade política e reconstruir a tênue linha que separa a coerção estatal justificada da injustificada, assim como aquela que diferencia uma comunidade de princípios, associada pela fraternidade e pela responsabilidade pública e privada, de uma comunidade de regras ou de mero acidente histórico ou geográfico²⁸.

Em certos **casos-limite**, admitir que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis pode significar que o fundamento axiomático da moralidade baseada em direitos de Dworkin também seja reputado disponível *prima facie*, enfraquecendo-o. E pode conduzir a um conflito que Dworkin nega com veemência - o da liberdade com a igualdade. Então, mais uma vez, o que se conclui é que tanto o ponto de partida quanto o de chegada serão interpretativos.

7. Conclusões

Este estudo teve por objetivo discutir a possibilidade de os direitos-trunfo serem reputados como *prima facie* disponíveis. Concluiu-se que, em alguns contextos, os direitos-trunfo podem constituir um forte argumento de princípio a favor da disponibilidade de outro direito-trunfo, eis que funcionam como trincheiras contra uma maioria moral que pretenda impedir os indivíduos de conduzir suas próprias vidas da maneira que julguem mais adequada. Pese embora esse fator, argumentou-se que a concepção dos direitos como trunfos não é hábil a sustentar uma tese normativa ampla de disponibilidade *prima facie* dos direitos, por três ordens de razões.

Em primeiro lugar, conceber os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis exige aceitar uma ampla esfera de liberdade, mais precisamente, um direito geral de liberdade. Para tanto, a fraca liberdade como licença deve ser alçada ao patamar de direito-trunfo e o que antes poderia sucumbir diante de argumentos de política, tornar-se-á a eles resistentes. Ou, pior, os direitos-trunfo serão enfraquecidos e nas trincheiras

²⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império...*, Op. Cit., p.243.

que representam abrir-se-ão sendas aos argumentos de política. Para que a tese dos direitos-trunfo possa ser mantida com coerência, é importante compreender que os direitos-trunfo serão disponíveis (*prima facie*) se for reconhecida uma liberdade básica no ato de disposição de cada um deles.

Em segundo lugar, a adoção de um ponto de partida pré-determinado - disponibilidade *prima facie* - reduz a amplitude interpretativa exigida pela integridade. Ao fazê-lo, pode ensejar uma fuga da coerência, por levar o intérprete a assumir como premissas pontos que nem se ajustam às práticas da comunidade de princípios, nem as justificam. Assim, as questões poderão ser vislumbradas de um horizonte muito distante daquele que representa as práticas à sua melhor luz.

Em terceiro lugar, os direitos-trunfo originam-se da concepção liberal de igualdade e formam seu invólucro protetor. A idéia de liberdade é concebida por Dworkin de modo a não conflitar com o igual respeito e consideração. Os casos mais drásticos de disposição de direitos-trunfo podem representar a fragilização do invólucro que protege o igual respeito e consideração, flanco que Dworkin não abre facilmente, exigindo que a tarefa interpretativa seja integralmente - do primeiro ao último passo - filtrada pela idéia de igual respeito e consideração.

8. Referências Bibliográficas

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ªed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* Santafé de Bogotá: Uniandes, 1999.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana - o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p.153-167.
- FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the bounds of liberty - essays in social philosophy*. Princeton: Princeton University, 1980.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- KUFLIK, Arthur. The inalienability of autonomy. *Philosophy and public affairs*. Vol 13, nº 4 (autumm, 1984) p.271-298.

McCONNELL, Terrance. *Inalienable Rights – the limits of consent in medicine and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MEYERS, Diana T. *Inalienable rights: a defense*. New York: Columbia University Press, 1985.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito - dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade - Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.13-43.

THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.