

PROBLEMAS DE COMPATIBILIDADE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Paolo Comanducci**

Resumo

O ensaio analisa e critica, em um nível teórico, a postura de Luigi Ferrajoli, segundo a qual os direitos fundamentais, presentes nas modernas constituições democráticas, são compatíveis entre si, e apresenta argumentos a favor de uma postura diversa e contrária. As duas posturas se baseiam, a sua vez, em duas maneiras diferentes de conceber a teoria do direito: a primeira é normativa, a segunda é descritiva.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Compatibilidade. Teoria do direito.

Abstract

The paper analyzes and criticizes, in a theoretical level, the understanding of Luigi Ferrajoli that the fundamental rights, present in modern democratic constitutions, are compatible with each other, and presents arguments for and against a different attitude. The two positions are based, at their time, in two different ways of conceiving the theory of law: the first is normative, and the second is descriptive.

Keywords: Fundamental rights. Compatibility. Theory of law.

* Artigo originalmente publicado em espanhol sob o título *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales* e apresentado nas *Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal*, realizadas na Associação de Magistrados e Funcionários do Judiciário da Província de Córdoba (INECIP), Córdoba, Argentina, entre os dias 10-12 de abril de 2002; também foi publicado em italiano sob o título *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, em *Analisi e diritto 2002-2003*. Esta tradução foi feita a partir das versões em espanhol e em italiano e contém revisões feitas pelo autor.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Gênova, Itália.

INTRODUÇÃO

O tema dos direitos fundamentais e de sua compatibilidade pode ser enfrentado a partir de diferentes níveis de análise. Seguindo uma sugestão de Luigi Ferrajoli,¹ eu diria que há pelo menos quatro níveis em que é possível examinar este tema. Um nível *histórico-sociológico*, onde são analisadas, de um lado, as distintas gerações de direitos fundamentais e seu desenvolvimento histórico, e, de outro, quais são os direitos de fato vigentes nas sociedades atuais e qual a eficácia de suas garantias. Um segundo nível, *dogmático*, que talvez seja mais conhecido entre os operadores práticos do direito, que estuda, num ordenamento jurídico específico, as regras que conferem direitos fundamentais, como são interpretados e que tipos de conflitos podem ocorrer entre tais direitos. Um terceiro nível, *filosófico-político*, onde se procura, sobretudo, justificar, de um ponto de vista moral ou político, os direitos fundamentais; nível em que se discute, por exemplo, se há uma adequação da realidade jurídica com um modelo filosófico proposto, ou em que se discutem criticamente as instituições jurídicas existentes. E, por fim, um nível *teórico*, em que se discute o conceito de direitos fundamentais, sua tipologia e estrutura, e em que são construídos modelos explicativos da realidade jurídica. O nível teórico tem uma prioridade lógica sobre os demais, dado que, antes de proceder a qualquer análise do tema, deve-se configurar o objeto de análise (que são direitos fundamentais?), e esta é, indubitavelmente, uma tarefa teórica.

Então, à pergunta: “há compatibilidade ou incompatibilidade entre os direitos fundamentais?”, é possível dar respostas distintas, não necessariamente incompatíveis entre si, de acordo com o nível de análise que se eleja, segundo a definição que se maneje de “direitos fundamentais”, e, ainda, do que se entende por (in)compatibilidade.²

Eu limitarei o meu discurso, para ser breve, apenas ao nível teórico, com rápidas referências aos demais níveis.

Entre as diferentes posturas teóricas que se pode enfrentar no debate contemporâneo, só me ocuparei de duas. Esta escolha pode ser explicada pelo singelo motivo de que uma delas tem, como um de seus representantes mais destacados, Luigi Ferrajoli, cujas teses pretendo discutir aqui, e que a outra tem sido desenvolvida, interligando-se

com o realismo jurídico escandinavo e norte-americano, justamente na universidade em que leciono, pela escola de Tarello a que pertencço. Por isso, eu talvez não seja tão imparcial na apresentação crítica desses dois posicionamentos.

1 NÍVEL TEÓRICO

1.1 TEORIAS DO DIREITO

Caracterizarei primeiro, esquematicamente, as duas alternativas teóricas, já que, repito, em minha opinião, a resposta à pergunta sobre a (in)compatibilidade entre direitos fundamentais depende em boa medida da opção por uma ou outra teoria.

A primeira alternativa consiste na teoria reconstrutiva, crítica, ou normativa em sentido metodológico: a tarefa do teórico do direito consiste em estabelecer um aparato conceitual³ sobre pautas metodológicas explícitas, e, então, em construir modelos com pretensões explicativas da realidade (modelos que, sem embargo, podem também ter usos normativos, para criticar a realidade e servir de ideais reguladores). Este tipo de teorias pode, inclusive, ser definido, para usar expressão de Bobbio, como “meta-jurisprudências” prescritivas, tendo um duplo sentido: a) “prescrevem” à dogmática jurídica descrever o direito, e lhe proíbem – na sua participação na construção do direito – de fazê-lo ocultamente, sobre opções valorativas escondidas; b) “corrigem” a linguagem do legislador e da dogmática, fazendo terapia lingüística e conceitual, num nível metalingüístico.

Os critérios para avaliar – ainda que comparativamente – este primeiro tipo de teorias, onde incluo a de Ferrajoli, são fundamentalmente dois: o da coerência interna e o da potencialidade explicativa (alcance e capacidade de perceber os elementos relevantes da realidade).

A segunda alternativa teórica consiste numa teoria descritiva, que se situa num nível maior de abstração em relação à primeira alternativa. A tarefa do teórico do direito consiste em perceber a realidade jurídica concebida como fenômeno preponderantemente lingüístico: dos discursos do legislador, dos juízes, dos operadores

práticos do direito, da mesma dogmática. De acordo com Bobbio, poder-se-ia definir este tipo de teorias como meta-jurisprudências descritivas, que explicam e analisam as operações predominantemente práticas, normativas, dos distintos atores do jogo jurídico.

Ambas as posturas teóricas – a normativa e a descritiva – possuem necessariamente um aparato conceitual, que lhes serve como ferramenta para desenvolver suas atividades de investigação (por exemplo: um conceito de direitos fundamentais): mas a primeira – a teoria normativa – o estipula explicitamente, enquanto a segunda preponderantemente o aproveita da prática dos juristas e dos órgãos, tomando como ponto de partida um inventário dos usos lingüísticos. Pense-se, por exemplo, na diferença entre a definição, explicitamente estipulativa, que Ferrajoli oferece de “direitos fundamentais”, e uma definição lexical – típica do segundo enfoque –, que faz um inventário dos sentidos em que atualmente se fala de direitos fundamentais num sistema jurídico determinado.

No debate que opõe os partidários dos dois tipos de teorias, os primeiros – digamos Ferrajoli – afirmam que os segundos não fazem teoria, e sim sociologia do direito; enquanto os segundos – digamos os “genoveses” – acusam os primeiros de não fazerem teoria, mas filosofia política normativa: isto é, que as teorias do primeiro tipo seriam normativas não apenas em sentido metodológico, como também ideológico.

Distanciando-se desse debate – que com Ferrajoli já travamos várias vezes! –, talvez se pudessem captar as diferenças entre as duas abordagens como uma questão de grau e não qualitativa.

Usando uma analogia, poder-se-ia dizer que os partidários das teorias normativas se assemelham aos gramáticos, e os partidários das teorias descritivas se assemelham aos compiladores de dicionários. Gramáticas e dicionários são metalinguagens, que falam de um mesmo objeto de linguagem, uma língua natural (o espanhol, o italiano, o francês). As gramáticas são diretamente normativas (prescrevem regras de usos corretos da linguagem), enquanto os dicionários são diretamente descritivos (fornecem informações sobre os usos correntes da linguagem). Contudo, as gramáticas, indiretamente, refletem também os usos lingüísticos corretos, e são, portanto, também descritivas; e os dicionários elegem apenas alguns

dos sentidos em que se usam as palavras da uma língua, e são, portanto, também normativos.

Paralelamente, poder-se-ia dizer que as teorias do primeiro tipo, as normativas, são também, indiretamente, descritivas, já que os conceitos e os modelos que constroem pretendem dar conta dos elementos relevantes da realidade jurídica; e que as teorias do segundo tipo, as teorias descritivas, são também, indiretamente, normativas, já que necessariamente selecionam apenas alguns usos lingüísticos e escolhem, com o critério da relevância, apenas alguns elementos da realidade jurídica.

1.2 (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Qualquer que seja a abordagem adotada, num nível teórico, havendo uma definição de “direito subjetivo” e de “direitos fundamentais” (definição trazida pelas respectivas teorias), coloca-se o problema da (in)compatibilidade entre direitos fundamentais, ou melhor, entre normas, geralmente entre princípios, que conferem direitos fundamentais.

É oportuno observar, de passagem, que aqui coloco explicitamente apenas o problema dos conflitos entre direitos fundamentais, e não o dos conflitos entre, por um lado, normas que conferem direitos fundamentais, e, por outro, normas que prescrevem obrigações ou proibições. Não me ocupo, por exemplo, do conflito entre a liberdade de expressão e a proibição de expressar determinadas idéias, se bem que, obviamente, estes conflitos poderiam também ser reconstruídos como antinomias entre direitos: a liberdade de expressão e o direito-poder de limitá-la, por parte de um órgão do Estado.

Assim, parece-me que uma característica comum a várias teorias normativas – e entre elas a de Ferrajoli – é a afirmação que não se dão, em abstrato, conflitos entre direitos fundamentais (ou que se estes conflitos ocorrem, não são tão “graves”), e/ou que, se ocorrem na fase da aplicação dos direitos fundamentais em situações concretas, podem ser resolvidos racionalmente (ou seja: que a solução de conflitos cumpre critérios de racionalidade que permitem, ademais, prever, *ex ante*, que direito vai prevalecer, ou ao menos que direito deveria prevalecer num conflito desse tipo).

Do contrário, as teorias descritivas geralmente afirmam que de fato pode haver incompatibilidade entre os direitos fundamentais e que geralmente não é possível prever, *ex ante*, que direito vai prevalecer numa situação concreta de conflito, por falta de um critério único ou correto de resolução dos conflitos.

Para contemplar estas distintas respostas à questão sobre a compatibilidade ou não entre direitos fundamentais, parece-me oportuno desenvolver minha análise em dois níveis distintos, que chamarei (in)compatibilidade “em abstrato” e “em concreto”. De fato, a incompatibilidade ou a compatibilidade podem ser configuradas ou na fase de interpretação em abstrato das formulações que conferem direitos fundamentais (em que se prescinde de qualquer suposto de fato concreto); ou na fase de interpretação em concreto de tais formulações, isto é, na fase de sua aplicação a um caso.

1.3 (IN)COMPATIBILIDADE EM ABSTRATO

As teorias descritivas, que afirmam a possibilidade de ocorrerem conflitos em abstrato entre direitos fundamentais, procedem geralmente assim. Primeiro reconstruem, a partir de uma análise dos usos linguísticos dos juristas, uma noção de direito subjetivo, classe à que pertence o subconjunto dos direitos fundamentais. Isto é, identificando geralmente estrutura e tipologia dos direitos subjetivos e, depois, dos direitos fundamentais. Como os direitos subjetivos são de tipos distintos, isto permite individualizar, no plano abstrato, os conflitos potenciais entre as normas que os conferem; e permite averiguar, também, fazendo referência a um sistema jurídico específico e baseando-se no aparato conceitual previamente elaborado, eventuais incompatibilidades em abstrato entre os direitos que são considerados fundamentais nesse sistema jurídico.

Por exemplo, uma teoria descritiva do direito pode utilizar, quem sabe, reformulando-o, uma análise modelo de “direito subjetivo”, como a análise clássica de Wesley N. Hohfeld, segundo quem a pluralidade de termos que os juristas usam, sem muito rigor, para se referir a posições jurídicas de vantagem e, correlativamente, de desvantagem podem ser reduzidas, sem grande perda de significado, a oito conceitos ou modalidades jurídicas fundamentais – quatro ativas e quatro passivas –, que Hohfeld agrupa em duas tábuas: uma de correlativos e outra de opostos.

Genaro Carrió, em sua *Nota preliminar* à tradução castelhana do artigo de 1913,⁴ que viria a constituir o núcleo do livro de Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions*,⁵ fornece um bom resumo da tábua de correlação e oposição de Hohfeld:

“Na tábua dos correlativos se destacam as quatro modalidades ativas – que são encobertas por um uso indiscriminado da palavra “direito” (subjeto) – e são apresentadas em sua relação com as quatro modalidades passivas correspondentes. Ao passo que cada uma das modalidades ativas identifica a situação de um sujeito *A*, em sua relação com um sujeito *B*, cada uma das modalidades passivas identifica a situação que, em cada caso, tem *B* frente *A*. À modalidade ativa “direito” (em sentido estrito) corresponde, como sua complementária, no juízo de outro sujeito, modalidade passiva “dever”; à modalidade ativa “privilégio” corresponde modalidade passiva “não-direito”; à modalidade ativa “poder” corresponde modalidade passiva “sujeição”; e à modalidade ativa “imunidade” corresponde modalidade passiva “incompetência”. Noutros termos: se *A* tem *direito* a que *B* realize o fato *X*, *B* tem o *dever* frente *A* de fazer o fato *X* etc”.⁶

Os direitos subjetivos, e os direitos que se definem como fundamentais, nos sistemas jurídicos contemporâneos podem ser analisados usando este aparato conceitual. É, assim, fácil perceber que muitos direitos, e vários direitos fundamentais, são figuras jurídicas complexas, formadas pela união de várias modalidades ativas elementares. Nas palavras de Carrió: “Dizer que *A* é proprietário do objeto *Z*, importa afirmar que *A* tem, diante de cada um dos membros da comunidade, um cúmulo de direitos, privilégios, poderes e imunidades sobrepostos, relativos ao objeto *Z*”.⁷

Desenvolvendo livremente a análise de Hohfeld, e aplicando-a ao problema da (in)compatibilidade entre direitos fundamentais, uma teoria descritiva do direito poderia afirmar que há incompatibilidade em abstrato entre duas normas que conferem direitos fundamentais se presentes duas condições: 1) se as hipóteses de fato a que se aplicam (ou seja, seus âmbitos de aplicabilidade) são total ou parcialmente coincidentes; 2) se a primeira norma prescreve a uma classe de sujeitos uma modalidade ativa e a segunda prescreve, a outra classe de sujeitos, a modalidade ativa oposta à que deveria ser a modalidade correlativa da modalidade prescrita pela primeira.

Parece, dito nestes termos, muito complicado. Mas, na verdade, é muito simples. Tome-se, por exemplo, a pretensão, ou seja, o direito subjetivo em sentido estrito. O correlativo da pretensão é o dever de outra pessoa. O oposto do dever é o privilégio. Então há incompatibilidade entre duas normas (com âmbitos de aplicabilidade total ou parcialmente coincidentes) se uma atribui uma pretensão a uma classe de sujeitos, e a outra atribui, a outra classe de sujeitos, um privilégio; ou se uma atribui um poder e a outra uma imunidade. Se uma – digamos – confere o direito a que ninguém obstrua a manifestação de opiniões, e a outra confere o privilégio ao Governo de censurar preventivamente a manifestação de opiniões através da imprensa.

Cabe dizer, sem embargo, que a maioria das normas que confere direitos fundamentais (normas que são atualmente chamadas de “princípios”) em nossos sistemas tem um âmbito de aplicabilidade “aberto”, isto é, que suas condições de aplicabilidade são ausentes, ou amplamente indeterminadas. Isso faz com que, no plano abstrato da interpretação seja muito difícil (mas não impossível) que se apresentem casos de incompatibilidade entre princípios que conferem direitos fundamentais. É mais provável que casos de incompatibilidade sejam detectados (e configurados pelos juristas) quando, na aplicação das normas a um caso concreto, “fechem” suas condições de aplicabilidade.

De qualquer maneira, fica claro que, para uma teoria descritiva, os conflitos entre direitos fundamentais são possíveis também no plano abstrato (da interpretação de um documento constitucional, por exemplo).

Diferente é a conclusão a que chegam várias teorias normativas, e especificamente a de Ferrajoli. Em *Diritto e ragione*,⁸ e mais ainda em seus últimos livros, *Diritti fondamentali*,⁹ *Derechos y garantías*¹⁰ e *Principia iuris*,¹¹ Ferrajoli tem apresentado uma nova teoria dos direitos fundamentais. Esta teoria dos direitos fundamentais compreende uma definição formal, uma tipologia e uma fundamentação ética dos direitos fundamentais. Por certo, não exporei, agora, esta teoria por completo, apenas apresentarei um pequeno resumo, suficiente para compreender qual é a postura de Ferrajoli diante do problema da (in) compatibilidade em abstrato entre direitos fundamentais. A definição formal de Ferrajoli de direitos fundamentais é a seguinte:

São 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, ou de cidadãos ou de pessoas com capacidade de trabalhar; entendendo por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) prescrita a um sujeito por uma norma jurídica.¹²

E acrescenta:

Os riscos estruturais que, com base nesta definição, distinguem estes direitos de todos os demais, são três, todos eles independente do conteúdo das expectativas que tutelam: a) a forma universal [no sentido lógico] de sua imputação [...]; b) seu estatuto de regras gerais e abstratas [...]; c) seu caráter indisponível e inalienável.¹³

Sobre a base desta definição formal e estrutural, Ferrajoli constrói uma dupla tipologia, que também é formal, dos direitos fundamentais: "uma, *subjetiva*, relativa às classes de sujeitos a que se atribuem tais direitos; outra, *objetiva*, relativa aos tipos de comportamento que são o conteúdo de tais direitos".¹⁴ Sem entrar nos detalhes desta dupla tipologia, cabe sublinhar a distinção entre direitos fundamentais primários e secundários (que se refere tanto aos sujeitos como a seus conteúdos): os direitos primários, quanto ao seu conteúdo, são os direitos de liberdade e os direitos sociais; os direitos secundários são, por sua vez, os direitos de autonomia, privada e política:

Enquanto os direitos primários consistem, essencialmente, em expectativas substanciais (de não lesão, no caso dos negativos, ou de prestação, no caso dos positivos) e, conseqüentemente, nos *benefícios* que são assegurados a seus titulares, os direitos secundários, sejam civis [isto é: privados] ou políticos, ao serem exercidos mediante atos que produzem efeitos jurídicos, são ademais *poderes* e, como tais, se encontram submetidos, *no Estado de direito* [grifo meu], a limites e vínculos legais.¹⁵

Em minha opinião, aqui está a chave da posição de Ferrajoli sobre a compatibilidade entre direitos fundamentais, já que é aqui que sua teoria passa de uma definição e uma tipologia puramente formais e estipulativas dos direitos fundamentais, a um plano que é, ao mesmo tempo, explicativo e normativo: explicativo de uma realidade jurídica

específica, o Estado constitucional de direito; e normativo em sentido não apenas metodológico, como era até aqui, mas também ético-político.

Ferrajoli constrói um modelo que é explicativo e também normativo, onde institui uma clara hierarquia entre direitos fundamentais. Permitam-me fazer uma longa citação muito esclarecedora das idéias de Ferrajoli a esse respeito:

É preciso distinguir três níveis de figuras deonticas. No nível mais baixo está a *liberdade natural* ou extrajurídica, que não é um direito senão uma situação de não-direito. É a liberdade que consiste em poder fazer deonticamente tudo o que se pode fazer materialmente, inclusive assassinar ou roubar ou de algum modo prejudicar aos demais, e que, portanto, pelas leis, e de outro modo, pelos negócios jurídicos entre particulares. Num plano superior estão os poderes – privados e públicos, vinculados, uns direta e outros indiretamente, aos *direitos de autonomia*, respectivamente civis e políticos – cujo exercício, através de leis e negócios jurídicos, limita sempre a liberdade. Finalmente, num plano superior a tais poderes se encontram os *direitos de liberdade*, sejam de raiz constitucional, o que é necessário para que atuem como limites ao poder legislativo, sejam de origem legislativa, o que é suficiente para que sirvam de limite aos poderes contratuais. As liberdades negativas e positivas do primeiro tipo são limitadas de maneiras diferentes pelo exercício dos direitos-poderes de autonomia: de maneira inclinadamente igual pelas leis, de forma desigual pela contratação privada. As liberdades positivas do segundo tipo, isto é, os direitos de autonomia, posto que interferem nas liberdades de primeiro tipo, são, ademais, poderes limitados enquanto tais pelo direito. Finalmente, as liberdades negativas de terceiro tipo, ou seja, os direitos de liberdade, são precisamente os limites impostos aos direitos-poderes de autonomia.¹⁶

A hierarquia instituída por Ferrajoli entre direitos fundamentais primários e secundários reflete (apenas parcialmente) as hierarquias existentes em muitos sistemas jurídicos contemporâneos, que constitucionalizaram os direitos fundamentais; mas, sendo explicitamente instrumental¹⁷ à consecução de fins ou de valores ético-políticos (Ferrajoli menciona basicamente quatro destes valores: igualdade, democracia, paz e tutela do mais fraco), esta hierarquia também está em tensão crítica com a realidade jurídico-institucional

de nossos Estados contemporâneos. Com efeito, o modelo de Ferrajoli, em seus empregos normativos, constitui um ideal regulador que serve para criticar os sistemas jurídicos existentes, caso estes se afastem do modelo, e para determinar as metas que tais sistemas deveriam alcançar.

Sobre a base desta reconstrução da teoria de Ferrajoli, é fácil entender sua postura sobre a compatibilidade entre direitos fundamentais.

Ferrajoli, ao criticar a tese proposta pelas teorias descritivas, ou seja, de que os direitos fundamentais podem colidir em abstrato entre si e entrar “em relação recíproca de soma zero”,¹⁸ admite que possa ocorrer conflitos entre direitos fundamentais, mas limita muitíssimo o alcance desta possibilidade. De fato, para ele, só pode haver conflitos¹⁹ entre alguns direitos de liberdade (“que encontram os limites impostos por sua convivência com os direitos de liberdade dos demais”):²⁰ trata-se, em particular, da liberdade de expressão diante do direito à privacidade, da liberdade de associação e do direito de greve frente aos demais direitos fundamentais.

Mas os conflitos política e socialmente mais relevantes, apontados pelas teorias descritivas, não ocorrem no interior da teoria de Ferrajoli. Não há conflito possível “para a maior parte dos direitos de liberdade que consistem em imunidades”,²¹ isto é, para a liberdade de consciência, a imunidade ante a tortura ou às penas arbitrárias, o direito à vida e à integridade pessoal.

Não há conflitos entre os direitos sociais a prestações positivas e os outros direitos fundamentais. Não há conflitos com os direitos de liberdade, já que no modelo de Ferrajoli os direitos sociais não são limitados pelos direitos de liberdade, “senão apenas nos custos de sua satisfação, financiados com a arrecadação fiscal, em prejuízo dos direitos patrimoniais”.²² Nem há conflito entre os direitos sociais, e em geral os direitos primários, e os direitos de autonomia privada (de intercâmbio e iniciativa econômica) e política, já que estes últimos são direitos-poderes. Afirma Ferrajoli: “Dado que os direitos de autonomia consistem em poderes jurídicos, sua relação com os outros direitos fundamentais não se configura como ‘conflito’, e sim como sujeição à lei”.²³

Não há, por fim, conflitos entre direitos fundamentais no caso dos assim chamados “direitos culturais”, já que estes ou são reduzíveis a direitos de liberdade ou a direitos sociais, ou, não sendo atribuídos a indivíduos senão a coletividades, não são direitos fundamentais, segundo a definição de Ferrajoli.

Até aqui foi feita à reconstrução – espero fiel – da postura de Ferrajoli. Do ponto de vista de uma teoria descritiva (com a qual tenho evidente simpatia), a colocação de Ferrajoli pode ser criticada seguindo duas linhas de argumentação, que me limito a esboçar brevemente.

A primeira linha argumentativa aponta à falta de coerência interna do modelo (é uma velha polêmica que tenho com Luigi Ferrajoli). Ferrajoli é declaradamente divisionista, aceita, por assim dizer, a grande divisão entre ser e dever ser, mas constrói um modelo teórico que tem – contemporaneamente – as duas direções opostas de ajuste: palavra a mundo e mundo a palavra. Isto é inaceitável para um divisionista. O mesmo modelo é – simultaneamente – normativo do ponto de vista ético-político, e explicativo da realidade. Em minha opinião, Ferrajoli constrói uma teoria que quer ser, concomitantemente, formal (fruto de estipulação), explicativa (pretende tratar da realidade), e, ademais, instrumental à realização de finalidades ético-políticas. Continuo sem poder entender, apesar dos argumentos de Ferrajoli, como esta teoria pode ser compatível com uma postura divisionista, que aceita a divisão entre “ser” e “dever ser”, a chamada “lei de Hume” etc.

A segunda linha argumentativa, conectada com a precedente, aponta à falta de capacidade explicativa da teoria de Ferrajoli. Isto é, se não tomamos seu modelo como ideal regulador, e sim como uma ferramenta para entender nossa realidade jurídica, e, especificamente, os problemas de compatibilidade entre direitos fundamentais, a teoria de Ferrajoli fica, em algumas de suas partes, muito distante da maneira pela que os dogmáticos e os operadores práticos do direito configuram e interpretam as relações entre direitos fundamentais (penso, sobretudo, na reconstrução que Ferrajoli dá aos direitos de autonomia privada, e das relações entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais).

Caso Ferrajoli conteste esta crítica – como pode acontecer –,

sublinhando o caráter formal, estipulativo, de sua tese, dizendo, então, que não lhe importa saber o que pensam ou constroem os dogmáticos, ou os juristas práticos, em minha opinião, sua tese estaria *begging the question*: porque a questão é, justamente, a capacidade das estipulações de considerar a realidade. Senão, porque estipulamos?

Em minha opinião, a razão desta posição de Ferrajoli se encontra na relação de meio-fim que ele institui entre sua teoria e a realização de algumas finalidades ético-políticas. São estas finalidades, e não as puramente explicativas, que, me parecem, têm séria importância para Ferrajoli.

1.4 (IN)COMPATIBILIDADE EM CONCRETO

A última e muito mais breve parte de minha apresentação versa sobre (in)compatibilidade em concreto entre direitos fundamentais.

Nenhuma teoria do direito, nem de corte descritivo nem de corte normativo, nega que, na realidade de nossos sistemas jurídicos possam ocorrer conflitos entre direitos fundamentais na fase de sua aplicação a casos concretos. Seria suficiente um simples olhar rápido na jurisprudência de qualquer corte constitucional para verificar que algumas das decisões mais importantes se ocupam justamente deste tipo de conflitos. Aqui, então, a oposição entre teorias descritivas e teorias normativas se manifesta, sobretudo, na distinta apreciação que os tipos de teorias dão do procedimento usado para resolver tais conflitos. As teorias descritivas, e, em particular as que se conectam ao realismo jurídico, sublinham a ampla margem de discricionariedade de que gozam os juízes (ordinários e/ou constitucionais) no momento de solucionar um conflito entre princípios que prescrevem direitos fundamentais. Como estes princípios apresentam condições de aplicação fortemente indeterminadas, o juiz, antes de aplicar um ou outro princípio de uma forma que pode ser reconstruída como subsuntiva, pondera ou balanceia (segundo a terminologia atualmente em moda) os princípios em questão, determinando qual deva prevalecer no caso concreto. Atuando assim, o juiz “fecha” as condições de aplicação (o âmbito de aplicabilidade) dos princípios, mas apenas para o caso que está julgando. Já que nada impede que noutro caso, mesmo parecido com o precedente, ele ou outro juiz não “reabra” – talvez pelo procedimento que na *Common Law*

se chama *distinguishing* – o balanceamento entre os princípios e o resolve de maneira distinta, ou não julgue um princípio adicional, revisando assim as condições de aplicação daqueles princípios que conferem direitos fundamentais. Sendo as coisas assim, é impossível, ou pelo menos muito difícil, prever, *ex ante*, qual será o resultado da ponderação judicial em casos futuros.

Segundo as teorias descritivas, portanto, ainda se podem satisfazer outros fins valiosos de um ponto de vista ético-político, a presença num sistema jurídico de princípios que conferem direitos fundamentais, com condições de aplicação genéricas, diminui a possibilidade alcançar o valor da segurança jurídica. Há, por outro lado, teorias normativas que rechaçam rotundamente esta conclusão. A mais conhecida é, sem dúvida, a teoria de Dworkin, que, justamente por ser muito conhecida, não me deterei sobre ela aqui. Apresentarei, por outro lado, brevemente, uma proposta de José Juan Moreso²⁴ e dois argumentos críticos contra esta proposta.

Por razões de brevidade, e para evitar muitos tecnicismos, simplificarei drasticamente a argumentação de Moreso, que é muito sofisticada. Limitar-me-ei a apresentar a idéia intuitiva que ele desenvolve e procura fundamentar.

Moreso centraliza sua teoria sobre a ponderação entre princípios constitucionais que conferem direitos fundamentais sobre a distinção entre normas derrotáveis e normas inderrotáveis, e sobre a noção de revisão de uma norma derrotável. O aparato lógico utilizado por Moreso tem sido utilizado por Carlos Alchourrón em seus últimos trabalhos: a idéia de Moreso é justamente aplicar este aparato lógico para tratar da ponderação judicial entre princípios. A tese de Moreso é que muitos princípios constitucionais podem ser concebidos como normas derrotáveis (isto é: que podem ser superadas, deslocadas por outros princípios, mas não derogadas ou anuladas, como ocorre com uma regra quando entra em conflito com outra regra e é por esta superada). Os conflitos entre normas derrotáveis podem ser resolvidos, segundo Moreso, de uma maneira racional: a solução pode ser racionalmente fundamentada e controlada, e, por isso, também, prevista. A solução do conflito passa pela revisão das normas derrotáveis em conflito, sendo esta revisão uma operação sujeita a numerosos vínculos formais: nisto consistiria, segundo Moreso, a

ponderação judicial. Como resultado da revisão dos dois princípios constitucionais em conflito, teremos duas novas normas que serão, entre si, compatíveis.

As razões, que parecem empurrar Moreso a configurar os princípios fundamentais que conferem direitos fundamentais como normas derrotáveis, são de ordem ético-política. Se tivéssemos concebido (e aplicado) os princípios constitucionais como normas inderrotáveis, produzir-se-iam, na fase de sua aplicação, conflitos práticos insanáveis: no sentido de que teríamos dois princípios constitucionais em conflito, nenhum deles podendo ceder diante do outro. Seria, portanto, um conflito prático sem solução. Enquanto que se os concebêssemos como normas derrotáveis, seria possível uma solução racional dos conflitos entre direitos fundamentais.

Esta proposta de Moreso, sobre a incompatibilidade em concreto entre direitos fundamentais, parece-me muito inteligente e bem argumentada; parece-me, todavia, que pode ser criticada, simetricamente à de Ferrajoli, por falta de coerência interna e por falta de capacidade explicativa.

A primeira crítica tem sido desenvolvida, de forma absolutamente brilhante, por Bruno Celano,²⁵ de modo que não posso fazer outra coisa senão trazer um resumo de uma pequena parte de sua argumentação.

Celano se faz uma pergunta muito simples: os princípios constitucionais revisados, isto é, as novas normas que são o resultado da ponderação e que são entre si compatíveis, são normas derrotáveis ou inderrotáveis?

Se a resposta de Moreso é que são normas derrotáveis, o critério de ponderação racional utilizado por Moreso não tem nenhuma utilidade, nem teórica nem prática, já que se limita a postergar ao infinito o problema do conflito entre direitos. Num novo caso sempre ficaria aberta a possibilidade de efetuar outra ponderação entre as duas novas normas derrotáveis, e o resultado da ponderação poderia ser duas novas normas, por sua vez derrotáveis, e assim por diante.

Se a resposta de Moreso – e é, seguramente, esta a sua resposta – é de que os princípios constitucionais revisados são normas inderrotáveis, o critério proposto teria, desta feita, utilidade teórica e prática, já que permitiria uma revisão estável dos princípios em conflito, gerando dois princípios entre si compatíveis.

Contudo, segundo Celano – e com ele eu concordo –, Moreso não oferece nenhum argumento para sustentar esta segunda solução. Se há, pergunta Celano, razões ético-políticas para considerar derrotáveis dois princípios constitucionais em conflito, porque estas mesmas razões não deveriam ser levadas em consideração no caso de conflito entre princípios constitucionais revisados? Porque estas razões têm um papel na primeira revisão e não o têm nas seguintes?

A segunda crítica a Moreso é mais externa à sua proposta teórica e não interna como a de Celano, que aceita os pressupostos da formulação de Moreso. Retomo aqui a crítica que há algum tempo fiz a Ferrajoli.

A teoria de Moreso carece de capacidade explicativa da realidade de nossos sistemas jurídicos: não nos diz como os juízes ponderam princípios constitucionais, não nos diz como de fato se solucionam os conflitos entre direitos fundamentais. Diz-nos, por outro lado, como se deveria desenvolver a ponderação, como deveriam ser solucionados racionalmente os conflitos entre direitos fundamentais. Em tudo isso não há nada de errado, pelo contrário. Qualquer pessoa pode apresentar propostas normativas, em sentido ético-político, para melhorar o funcionamento de nossos sistemas jurídicos, e Ferrajoli e Moreso o fazem muito bem. Apresentam propostas muito boas e bem argumentadas.

O que não me parece lícito é confundir ou sobrepor estas propostas, que são normativas não apenas em sentido metodológico, mas também em sentido ético-político, que são valorativamente comprometidas, como se fossem explicação da realidade jurídico-institucional.

O que me parece lícito, para empregar velhas palavras de Bobbio, é confundir o direito tal como é com o direito como deveria ser.

REFERÊNCIAS

CARRIÓ, Genaro R. Nota preliminar. In: HOHFELD, Wesley N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 13-14.

CELANO, Bruno. 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. **Ragion Pratica**, n. 18, p. 229-245, 2002.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1989.

_____. Il fondamenti dei diritti fondamentali. In: _____. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. Sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 279-282.

FERRAJOLI, L. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia, Roma-Bari: Laterza, 2007, 2 vol.

HOHFELD, Wesley N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968. Também aparece em: Yale Law Journal, vol. 23, n. 1, p. 16-59, 1913.

HOHFELD, Wesley N. **Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays**. New Haven: Yale UP, 1923. Há uma versão em italiano, traduzido por M. G. Losano, sob o título: **Concetti giuridici fondamentali**. Torino: Einaudi, 1969.

JORI, M. Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. Sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 86.

MORESO, J. J. A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano. **Ragion Pratica**, n. 18, p. 247-254, 2002.

_____. Conflitti tra principi costituzionali. **Ragion Pratica**, n. 18, 2002, p. 207-227.

PINTORE, A. Diritti insaziabili. In: FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**.

Sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo, Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 189-190.

NOTAS

- 1 Ver: FERRAJOLI, L. I fondamenti dei diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, L., **Diritti fondamentali**. Un dibattito teorico, sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 279-282.
- 2 Limitar-me-ei a sustentar a seguinte hipótese. Num nível teórico, há incompatibilidade entre normas (geralmente princípios) que conferem direitos fundamentais quando os dois direitos não podem ser satisfeitos contemporaneamente (em abstrato ou em concreto). Num nível filosófico-político há incompatibilidade absoluta entre direitos fundamentais se não se pode trazer uma justificação coerente de ambos no interior de um mesmo sistema filosófico-político normativo; há, de outra forma, incompatibilidade relativa se, numa situação concreta, ambos os direitos não podem ser satisfeitos contemporaneamente.
- 3 Ver: JORI, M. Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, L. et al. **Diritti fondamentali**, p. 86.
- 4 HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968. Também aparece em: Yale Law Journal, vol. 23, n. 1, pp. 16-59, 1913.
- 5 HOHFELD, W. N. **Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning and other legal essays**. New Haven: Yale UP, 1923. Há uma versão em italiano, traduzido por M. G. Losano, sob o título: **Concetti giuridici fondamentali**. Torino: Einaudi, 1969.
- 6 CARRIÓ, G. R. Nota preliminar. In: HOHFELD, Wesley N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968. p. 13-14. No original: “En la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas – que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra ‘derecho’ (subjetivo) – y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A. A la modalidad activa ‘derecho’ (en sentido estricto), le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva ‘deber’; a la modalidad activa ‘privilegio’ le corresponde la modalidad pasiva ‘no-derecho’; a la modalidad activa ‘potestad’ le corresponde la modalidad pasiva ‘sujeción’; y a la modalidad activa ‘inmunidad’ le corresponde la modalidad pasiva ‘incompetencia’. Con otros términos: Si A tiene *derecho* a que B haga el acto X, B tiene el *deber* frente a A de hacer el acto X, etc”.
- 7 *Idem*, p. 15.
- 8 FERRAJOLI, L. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989.
- 9 FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali**, 2001.
- 10 FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.
- 11 FERRAJOLI, L. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia, Roma-Bari: Laterza, 2007. 2 v.
- 12 FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 5. No original: “Sono ‘diritti fondamentali’ tutti uei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica”.
- 13 *Idem*, pp. 282-283. No original: “I tratti strutturali che in base a questa definizione distinguono tali diritti da tutti gli altri sono tre, tutti indipendenti dagli argomenti o contenuti delle aspettative con essi tutelate: a) la forma universale [in senso logico] della loro imputazione [...]; b) il loro statuto di regole generali ed astratte [...]; c) il loro carattere indisponibile e inalienabile”.

- 14 *Idem*, p. 283. No original: “L’una, *soggettiva*, relativa alle classi di soggetti cui tali diritti sono attribuiti; l’altra, *oggettiva*, relativa ai tipi di comportamento che di tali diritti sono argomento”.
- 15 *Idem*, p. 287. No original: “Mentre i diritti primari consistono essenzialmente in aspettative sostanziali (di non lesione se negative, di prestazione se positive) e quindi nei *benefici* assicurati ai loro titolari, i diritti secondari, siano essi civili [ossia privati] o politici, essendo esercitati da atti prescrittivi di effetti giuridici, sono altresì *poteri*, siccome tali sottoposti, *nello stato di diritto* [corsivo mio], a limiti e a vincoli di legge”.
- 16 *Idem*, pp. 294-295. No original: “Occorre insomma distinguere tre livelli di figure deontiche. Al livello più basso sta la *libertà naturale* o extragiuridica, che non è un diritto ma una situazione di non diritto pur se protetta, ovviamente, dal diritto tramite la configurazione come illeciti delle loro arbitrarie lesioni: è la libertà consistente nel poter fare deonticamente tutto ciò che si può fare materialmente, incluso uccidere o rubare o comunque nuocere agli altri, e che è perciò destinata ad essere limitata dalle leggi e per altro verso dalle negoziazioni tra privati. A un livello superiore stanno i poteri – privati e pubblici, gli uni direttamente e gli altri indirettamente connessi ai *diritti di autonomia* rispettivamente civili e politici – il cui esercizio, tramite leggi e negozi, limita sempre le libertà. Infine, a un livello superiore a tali poteri stanno i *diritti di libertà*: siano essi di rango costituzionale, ciò che è necessario perché valgano a limitare il potere legislativo, siano essi di rango legislativo, ciò che è sufficiente perché valgano a limitare i poteri negoziali. Le libertà negative e positive del primo tipo sono variamente limitate dall’esercizio dei diritti-potere di autonomia: in maniera tendenzialmente uguale dalle leggi, in maniera disuguale dalla contrattazione privata. Le libertà positive del secondo tipo, ossia i diritti di autonomia, interferendo nelle libertà del primo tipo, sono altresì poteri, in quanto tali limitati dal diritto. Infine, le libertà negative del terzo tipo, ossia i diritti di libertà, sono precisamente i limiti imposti ai diritti-poteri di autonomia”.
- 17 *Idem*, pp. 300 e 338-339.
- 18 PINTORE, A. Diritti insaziabili. In: FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali**. Un dibattito teorico, sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 189- 190. No original: “in un gioco di rapporti reciproci a somma zero”.
- 19 FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico, sob os auspícios de E. Vitale, e com intervenções de L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 328-329.
- 20 *Ibid.*, p. 330. No original: “che incontrano i limiti imposti dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri”.
- 21 *Ibid.*, p. 328. No original: “per la maggior parte dei diritti di libertà consistenti in immunità”.
- 22 *Ibid.*, p. 330. No original: “ma solo nei costi della loro soddisfazione, finanziati dal prelievo fiscale in danno dei diritti patrimoniali”.
- 23 *Ibid.*, p. 330. No original: “Proprio perché i diritti di autonomia consistono in poteri giuridici, il loro rapporto con gli altri diritti fondamentali non è configurabile come ‘conflitto’, bensì come soggezione alla legge”.
- 24 MORESO, J. J. Conflitti tra principi costituzionali. **Ragion Pratica**, Gênova, n. 18, p. 207-227, 2002.
- 25 CELANO, B. ‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. **Ragion Pratica**, Genova, n. 18, 2002, p. 229-245. Ver a resposta de Moreso a estas críticas: MORESO, J. J. A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano. **Ragion Pratica**, Genova, n. 18, 2002, p. 247-254.

Artigo recebido em: 23/08/2008

Aprovado para publicação em: 10/12/2008