

Para além da subsunção e do sopesamento: uma crítica à teoria da proporcionalidade a partir do caso da liberdade de expressão¹

Caio Gentil Ribeiro

Universidade do Estado de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, São Paulo/SP, Brasil. E-mail: caioqr@gmail.com

Resumo

Este artigo apresenta críticas à teoria da proporcionalidade defendida por Robert Alexy. Para isso, após descrever a estrutura dessa teoria, trata de sua utilização em casos envolvendo a liberdade de expressão; mais especificamente, das relações entre liberdade de expressão e publicidade abusiva e entre liberdade de expressão e financiamento de campanhas eleitorais. As críticas à proporcionalidade são feitas a partir do argumento de Ronald Dworkin sobre como devem ser delimitados direitos subjetivos e do método utilizado por John Rawls na construção de sua teoria da justiça, destacando como a teoria de Alexy, apesar de pretensamente neutra, é incompatível com essas duas abordagens substantivas. Defende, então, que tal incompatibilidade deriva da presunção de que não existe outra forma de raciocínio jurídico além da dicotomia subsunção/sopesamento. Por fim, sugere que a utilização disseminada da proporcionalidade como forma de justificação compromete a legitimidade do direito como meio de coerção.

Palavras-chave

Proporcionalidade; Liberdade de Expressão; Alexy; Dworkin; Rawls.

Beyond subsumption and balancing: a critique of proportionality theory from the case of freedom of speech

Abstract

¹ Este artigo é uma versão revisada do trabalho final da disciplina Temas e Leituras Contemporâneas em Teoria do Direito do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP, ministrada pelo Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr., a quem agradeço pelos comentários ao texto. Agradeço, também, aos comentários feitos por Carolina Linhares, Daniel Murata e Jacqueline Abreu.

This article criticizes Robert Alexy's Proportionality Theory. After describing the structure of such theory, the article addresses its use regarding freedom of speech; more precisely, it deals with the relations between freedom of speech and abusive advertising and between freedom of speech and financing of electoral campaigns. The criticisms to proportionality are drawn from Ronald Dworkin's approach on how rights must be defined and from the method John Rawls uses to build his theory of justice, and stress how Alexy's theory, despite its intended neutrality, is incompatible with these two substantive approaches. It is argued, then, that this incompatibility is the result of the presumption that there is no other form of legal reasoning besides the dichotomy subsumption/balancing. Finally, it is suggested that the use of proportionality as a way of justification undermines the legitimacy of law as a means of coercion.

Keywords

Proportionality; Freedom of Speech; Alexy; Dworkin; Rawls.

Sumário

Introdução; 1. A estrutura da regra da proporcionalidade; 2. Liberdade de expressão, publicidade abusiva e financiamento privado de campanhas; 2.1. Liberdade de expressão e publicidade abusiva; 2.2. Liberdade de expressão e financiamento de campanhas eleitorais; 3. Críticas à proporcionalidade; 3.1. Ronald Dworkin e a delimitação dos direitos fundamentais; 3.1.1. Uma possível réplica: inflação de direitos; 3.2. John Rawls e a definição dos princípios de justiça; 3.2.1. Uma possível réplica: o modelo de trunfos fraco; Conclusão; Referências.

Introdução

A teoria da proporcionalidade é uma vencedora. Surgida na Alemanha, inicialmente na doutrina referente ao poder de polícia (SWEET e MATHEUS, 2008, p. 98)², desenvolvida na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã (SWEET e MATHEUS, 2008, p. 109 e AFONSO DA SILVA, 2002, p. 30) e tomando sua forma mais bem acabada em *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, a tese de que conflitos entre direitos fundamentais são disseminados e demandam um método específico de solução (*a regra da proporcionalidade*) é hoje, além de na Alemanha, também especialmente influente em outros países da Europa Continental, no Canadá, em Israel e na América Latina (KLATT e MEISTER, 2015, p. 33), inclusive no Brasil.

² Nas palavras do jurista alemão Carl Gottlieb Svarez (1764-98): "Only the achievement of a weightier good for the whole can justify the state in demanding from an individual the sacrifice of a less substantial good. So long as the difference in weights is not obvious, the natural freedom must prevail... The [social] hardship, which is to be averted through the restriction of the freedom of the individual, has to be more substantial by a wide margin than the disadvantage to the individual or the whole that results from the infringement" *apud* SWEET e MATHEUS, 2008, p. 99.

Neste artigo, a partir da leitura de seus defensores e seus opositores, serão apresentadas críticas ao uso disseminado da teoria da proporcionalidade. Para isso, após (1) descrever rapidamente a estrutura dessa teoria, vou (2) tratar de um exemplo paradigmático de sua utilização, a liberdade de expressão. Mais especificamente, abordarei as relações entre (2.1) liberdade de expressão e publicidade abusiva e (2.2) entre liberdade de expressão e financiamento privado de campanhas eleitorais, questões que se colocaram, respectivamente, no julgamento da Apelação Civil nº 0005431-07.2010.8.26.0053, julgada pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir da análise desses exemplos, pretendo (3) apresentar duas das críticas mais fortes que podem ser dirigidas à proporcionalidade: (3.1) a posição de Ronald Dworkin sobre como devem ser delimitados direitos subjetivos e (3.2) o método utilizado por John Rawls na construção de sua teoria da justiça. Como se verá, esse tipo de crítica põe em questão a própria pertinência de se falar em liberdade de expressão em certos casos envolvendo publicidade abusiva e financiamento de campanhas, de uma forma que não poderia ser feita através da utilização do método da proporcionalidade. Pela brevidade do artigo, não abordarei a crítica relativista que poderia ser direcionada à teoria da proporcionalidade – e também a qualquer teoria que tenha alguma pretensão de correção sobre casos controversos, como as de Rawls ou a de Dworkin – nem as críticas sobre os possíveis abusos cometidos na utilização de princípios jurídicos como fundamentação de decisões nos tribunais³.

Ainda sob o tópico 3 deste artigo, procurarei apresentar, também, algumas réplicas que defensores da proporcionalidade podem oferecer a críticas baseadas em abordagens como as de Dworkin e Rawls.

Defenderei (4) que há um erro fundamental de método na pretensão da teoria da proporcionalidade de funcionar como um modelo geral para a “colisão de direitos”. Trata-se da premissa de que não existe outra forma de raciocínio jurídico além da dicotomia subsunção/sopesamento. O equívoco de tal premissa fica claro em casos envolvendo liberdade de expressão nos quais, na ausência de regras para subsunção de fatos, somos levados a sopesamentos que acabam por igualar direitos a interesses, trivializando a própria ideia de direito fundamental.

Ressalvo que, apesar de apresentar uma crítica a uma teoria que se tornou hegemônica no Brasil, meus objetivos são, em certo sentido, modestos. Não quero sugerir uma visão alternativa à teoria de Alexy – isto é, não quero defender que a teoria do direito de Dworkin ou a teoria da

³ Para uma crítica nesse sentido, cf. SUNDFELD, C. A. Princípio é Preguiça? In: _____ **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

justiça de Rawls são preferíveis à teoria da proporcionalidade –, quero apenas mostrar que a teoria de Alexy não tem a neutralidade que almeja, já que não é capaz de acomodar algumas teorias influentes sobre os direitos e a justiça.

Se é assim, os defensores da proporcionalidade passam a ter o ônus de argumentação moral de dizer por que teorias como as de Dworkin ou Rawls estão erradas. Afinal, se Dworkin ou Rawls estiverem certos, Alexy fatalmente estará errado. Neste ponto, estou de acordo com Kai Moller, que afirma que “para o empreendimento de Alexy ser bem sucedido, sua teoria deve ter o potencial de se aplicar proveitosamente a diferentes teorias substantivas de direitos constitucionais – para uma perspectiva socialista, uma perspectiva libertária ou uma perspectiva liberal” (MÖLLER, 2007, p. 458, tradução minha).

Por fim, sugeri que a utilização disseminada da proporcionalidade como forma de justificação compromete a própria legitimidade do direito como meio de coerção, o que é uma razão substantiva para que esse método não seja o método padrão para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

1. A estrutura da regra da proporcionalidade

A distinção entre *regras* e *princípios* é, nas palavras de Robert Alexy,

“a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, 2011, p. 85).

Regras e princípios são espécies de normas com diferentes *estruturas*. Regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, cuja validade implica um dever de se fazer exatamente o que elas exigem. Já os princípios são *mandamentos de otimização*, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e podem ser satisfeitos em graus variados (ALEXY, 2011, p. 90-91).

É importante destacar aqui, inclusive para tornar mais claras as críticas que serão apresentadas mais à frente, que a distinção entre regras e princípios na forma como apresentada por Alexy não descreve um espectro, uma distinção de grau, mas uma distinção qualitativa: “toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2011, p. 91).

Diferentemente dos conflitos entre regras, que apenas poderiam ser resolvidos pela introdução de uma exceção ou pela não aplicação de uma das regras (ALEXY, 2011, p. 92) – caso do “conflito aparente de normas”, resolvido por critérios como o da *lex posterior derogat legi priori* (art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) – os conflitos entre princípios demandariam uma forma especial de solução.

Havendo conflitos entre princípios, um terá que ceder, mas sua natureza de “mandamento de otimização” faz com que isso não signifique que ele não se aplica ao caso concreto (não há um *mero conflito aparente*) nem que exista alguma regra que excepcione sua aplicação. O conflito é real e os dois princípios valem. Prevalecerá o princípio que tiver precedência, com base nas *circunstâncias* (fáticas e jurídicas) do caso concreto (ALEXY, 2011, p. 96).

A precedência em cada caso concreto é aferida através da *regra da proporcionalidade*, decorrência lógica da estrutura dos princípios, que se desdobra em três sub-regras: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* (ALEXY, 2011, p. 116-117).

A *adequação* prescreve que se uma medida afeta negativamente a realização de um princípio, então ela deve pelo menos fomentar a realização de outro (ALEXY, 2011, p. 120).

A *necessidade* prescreve que a medida que visa fomentar a realização de um princípio deve ser a medida menos restritiva (e igualmente eficaz) disponível em relação ao outro princípio em questão. (ALEXY, 2011, p. 119) Isto é, uma medida M_1 que fomenta o princípio P_1 em uma intensidade 10 afetando negativamente o princípio P_2 em uma intensidade -5 não pode ser tomada (não é necessária) se houver outra medida M_2 que fomenta igualmente P_1 em uma intensidade 10 e afete negativamente P_2 em uma intensidade de apenas -4.

Alexy afirma que tanto a adequação quanto a necessidade decorrem da relativização em face das *possibilidades fácticas* (ALEXY, 2011, p. 118).

Finalmente, a *proporcionalidade em sentido estrito*, decorrência da relativização em face das possibilidades jurídicas, prescreve que, diante da colisão entre dois princípios, proceda-se a um *sopesamento* (ALEXY, 2011, p. 117). Isto é, à atribuição de um peso a cada um dos princípios colidentes, consideradas as condições do caso concreto (ALEXY, 2011, p. 97) e fundamentada por “todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional” (ALEXY, 2011, p. 165). Ou seja, a teoria da proporcionalidade não oferece – e não pretende oferecer – ela mesma um critério para o sopesamento. Ela não diz, por exemplo, quais os critérios para se determinar o peso da liberdade de expressão e da liberdade de iniciativa em um caso concreto. A atribuição desses pesos dependerá da mobilização de argumentos substantivos que sejam aceitos no direito constitucional.

Nesse sentido, a teoria de Alexy é “estruturalista” e não substantiva (é neutra): ela pretende apenas estruturar os argumentos que as pessoas usam quando raciocinam sobre direitos constitucionais, pretende ser uma “moldura” que não prescreve, como uma teoria substantiva faria, resultados específicos (do tipo “o direito à vida exige X”) (MÖLLER, 2007, p. 453).

A teoria da proporcionalidade pretende, então, colocar o método a ser utilizado quando ocorre um *conflito* entre dois princípios. Mas como saber qual é o conteúdo de cada princípio?

Como saber, por exemplo, se a liberdade de expressão se aplica de alguma forma à análise da constitucionalidade de uma lei?

A resposta da teoria da proporcionalidade é que deve ser adotado um conceito *abrangente* do princípio em questão (KLATT e MEISTER, 2015, p. 60). A liberdade de expressão seria afetada negativamente em qualquer hipótese em que alguém fosse impedido de dizer qualquer coisa. Tentar limitar o conceito de direitos fundamentais a priori seria apenas um exercício disfarçado de sopesamento.

2. Liberdade de expressão, publicidade abusiva e financiamento privado de campanhas

A questão da liberdade de expressão é particularmente desafiadora a doutrinas de proporcionalidade dos direitos fundamentais. Neste tópico, tratarei de duas questões específicas em que a liberdade de expressão costuma ser invocada: a da vedação à publicidade abusiva e a do financiamento privado de campanhas eleitorais.

Trata-se de questões em que, como se verá, a própria pertinência de se falar em liberdade de expressão pode ser desafiada, o que será crucial na determinação de qual deve ser, afinal, a decisão a ser tomada pelo juiz.

Meu interesse aqui é menos tratar de questões substantivas (sobre o que estamos autorizados a fazer) a respeito do exercício da liberdade de expressão e mais destacar a *forma* como podem ser articulados argumentos relativos a essa liberdade⁴. Feito isso, penso que ficará mais clara a força das críticas à teoria da proporcionalidade que apresentarei no tópico seguinte.

2.1. Liberdade de expressão e publicidade abusiva

Um caso decidido recentemente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo é um bom exemplo de como a teoria da proporcionalidade lida com o tema de liberdade de expressão. Na Apelação Civil nº 0005431-07.2010.8.26.0053, julgada pela 7ª Câmara de Direito Público do tribunal, o PROCON questionava a legalidade da campanha publicitária “Musa do Verão” veiculada em 2006 pela AMBEV.

Conforme consta do acórdão, a peça publicitária mostrava “*um processo de clonagem da dita musa do verão, a qual passa a ser entregue a homens de diversos lugares*”. No entendimento

⁴ Para um exemplo de um debate substantivo sobre a liberdade de expressão que não utiliza a estrutura da proporcionalidade, conferir GROSS, C. P. Pode dizer ou não? Jeremy Waldron e Ronald Dworkin discutem (e discordam!) sobre liberdade de expressão e discurso discriminatório. In: MACEDO JR. (org.), R. P. **Teoria do Direito Contemporânea - Autores e Temas**. Curitiba: Juruá, 2017.

do relator, Desembargador Luis Sergio Fernandes de Souza, a mensagem da peça seria *“mais do que infeliz, pois ‘coisifica’ a mulher, servindo-a, mediante entrega, para desfrute do consumidor”*.

Concordando com a ilicitude da peça publicitária, o voto que se seguiu ao do relator, do Desembargador Moacir Peres, propõe que a questão seja resolvida através da regra da proporcionalidade, identificando um conflito entre, de um lado, a liberdade de expressão do anunciante (art. 5º, IX, CF) e, de outro, a proteção ao consumidor contra a discriminação (art. 5º, XLI, CF). E conclui que, *“sem desconsiderar o direito à liberdade de expressão do anunciante, é certo que deve prevalecer, no caso em análise, a necessidade de defesa do consumidor potencial contra a abusividade consistente na discriminação de gênero e na ofensa proferida contra parcela significativa da população”*.⁵

Para o desenvolvimento do meu argumento, o que importa ressaltar aqui é apenas que na decisão do TJ-SP não houve qualquer discussão sobre *o que significa* a liberdade de expressão ou sobre qual é a melhor forma de compreendê-la. Entendeu-se que uma sociedade empresária como a AMBEV poderia ter um direito à liberdade de expressão e que essa liberdade abrangia sua conduta de veicular a referida campanha publicitária, mas que o interesse do consumidor teria precedência sobre ela.

2.2. Liberdade de expressão e financiamento de campanhas eleitorais

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, que tratava da constitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais, por outro lado, esse tipo de análise conceitual sobre o significado da liberdade de expressão foi realizada. Questionava-se se a liberdade de expressão garantiria um direito de empresas a financiar campanhas políticas. O relator, Ministro Luiz Fux procurou, então, identificar qual o propósito da garantia de tal liberdade e, a partir dele, negou que ela pudesse ser estendida a pessoas jurídicas.

De acordo com o ministro, a liberdade de expressão tem por finalidade “estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos”, o que seria, na verdade, comprometido pela “excessiva penetração do poder econômico no processo político” através do financiamento privado de campanhas.

⁵ Também foi apresentado voto divergente, pelo Desembargador Sergio Coimbra Schmidt, o que motivou oposição de embargos infringentes, mantendo-se, por fim, a decisão do relator. Tanto no voto vencido quanto no julgamento dos embargos infringentes a questão da liberdade de expressão foi abordada apenas lateralmente. Foi interposto recurso especial, ainda pendente de julgamento.

É verdade que o voto e o acórdão como um todo trazem uma série de fundamentos e que a análise da extensão do direito de liberdade de expressão é feita rapidamente, mas o que quero destacar é que se considerarmos esse tipo de análise conceitual possível e correta, ela será capaz de afastar a necessidade de se proceder a um sopesamento.

O que o relator fez foi se perguntar qual o propósito da liberdade de expressão e, a partir dele, negar que tal liberdade se aplica à pessoa jurídica que pretende fazer doações a campanhas eleitorais. Seguindo o raciocínio do Ministro Luiz Fux, não haveria nenhuma lesão à liberdade de expressão a ser contraposta à realização de um princípio colidente.

3. Críticas à proporcionalidade

3.1. Ronald Dworkin e a delimitação dos direitos fundamentais

É justamente a partir dessa questão da *delimitação* dos direitos subjetivos que pretendo começar a crítica à teoria da proporcionalidade.

No que Dworkin chama de leitura moral da Constituição, que não é mais que uma aplicação de sua teoria do direito ao direito constitucional, normas como a da liberdade de expressão não podem ser interpretadas senão através de julgamentos morais (DWORKIN, 1996, p. 3). Como já destacado, isso não é, a princípio, incompatível com a teoria da proporcionalidade, cujos defensores não negam – ao contrário, reconhecem – que sua utilização em um caso concreto demanda que ela seja “preenchida” por considerações de moralidade política, em relação às quais é neutra (KLATT e MEISTER, 2015, p. 52). Não é na afirmação da inseparabilidade entre direito e moral que pretendo localizar a crítica à teoria da proporcionalidade.

O que a compreensão de Dworkin sobre direitos fundamentais tem de incompatível com a teoria da proporcionalidade é a maneira como os direitos são delimitados.

Ao invés de partir de significados amplos (e pretensamente literais) de direitos, Dworkin propõe que a definição de o que é um direito deve se voltar à definição de o que há de bom no direito em questão (DWORKIN, 2001, p. 255). Isso significa, por exemplo, que a liberdade de expressão não existe como um direito dissociado de algo que é reconhecido como valioso em termos de moralidade política. Esse valor poderia estar ligado, por exemplo, a “*permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos*”, como afirmou o Ministro Luiz Fux.

Se é verdade que a definição de um direito fundamental depende de uma reconstrução de qual é o valor desse direito, então a teoria da proporcionalidade é, no mínimo, insuficiente ao pressupor um conflito entre princípios (e, segundo ela, direitos são princípios) nos casos difíceis

que envolvem direitos fundamentais. Os dois casos envolvendo liberdade de expressão apresentados na seção anterior tornam mais clara essa crítica de Dworkin.

Uma pessoa jurídica configurada como uma empresa geradora de lucro é capaz de ter um direito à liberdade de expressão? A resposta a essa pergunta não pode ser derivada de uma análise literal de previsões constitucionais genéricas de liberdade de expressão⁶. Ela demanda uma análise de o que significa liberdade de expressão, o que não foi feito no caso julgado pelo TJ-SP.

Esse significado, como se sabe, não existe na natureza, nem é objeto de consenso em nossa comunidade jurídica⁷. Então por que deveríamos “escolher”, dentre todos os outros, um significado de liberdade de expressão que torne disseminados e inevitáveis os conflitos entre este e outros direitos? Para que a “escolha” do significado da liberdade de expressão não seja arbitrária, ele deve ser buscado por meio de uma discussão substantiva de moralidade, onde o apelo a qual é o valor dessa liberdade será necessário, valor que, por sua vez, será justificado na medida em que tiver apoio de outros valores (DWORKIN, 2004, p. 9)⁸.

Alguém poderia argumentar, por exemplo, que a capacidade de ter direitos como o de liberdade de expressão está ligada a uma noção de autonomia individual e dignidade que só é pertinente a pessoas naturais. Outra pessoa poderia dizer que a própria liberdade do consumidor seria violada pela proibição de publicidade dita abusiva, uma vez que se teria impedido que o próprio consumidor decidisse quais produtos consumir com base nas informações que as respectivas empresas entendessem por bem lhe apresentar.

Independentemente da correção do mérito de tais argumentos hipotéticos – e da própria correção do dispositivo da decisão do TJ-SP –, o que pretendo destacar é que esse tipo de análise conceitual de interpretação construtiva não é compatível com a teoria da proporcionalidade, que torna os conflitos inevitáveis ao “inflar” a definição de cada direito subjetivo e não deixar espaço para que, a partir da análise do valor e do propósito de um direito, defina-se qual é seu conteúdo.

A definição de o que é um direito como a liberdade de expressão é cercada de controvérsias e tais controvérsias giram em torno de o que se considera valioso nessa liberdade e de como ela se conecta a outros valores (DWORKIN, 2004, p. 3). Não encarar tais controvérsias é não compreender por que divergimos e como divergimos em matérias de moralidade política.

⁶ O inciso IX do art. 5º da CF, citado no acórdão do TJ-SP, tem a seguinte redação: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

⁷ Nos termos de Dworkin, não é um conceito natural nem um conceito criterial, mas um conceito interpretativo (DWORKIN, 2006, p. 9-10).

⁸ Isso não significa que, para Dworkin, essa análise seja “puramente moral”, considerações institucionais (sobre quais leis existem e quais decisões foram tomadas por quais tribunais) também são relevantes na definição de qual é o conteúdo de um direito. Isso é feito, porém, com referência a outro valor, o da integridade (DWORKIN, 1998, p. 225 e ss.).

Ao comentar decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que entendeu pela legalidade do financiamento de campanhas eleitorais por empresas com fundamento na liberdade de expressão, Dworkin afirma que estender o direito de liberdade de expressão a empresas não tem sentido porque elas são “ficções jurídicas”, sem opiniões próprias e sem direito de participarem na política com “igual voz e voto”⁹. Aceitar esse argumento significaria que não há nenhum direito das empresas a ser sopesado a direitos dos cidadãos.

Não à toa, no caso do financiamento de campanhas julgado pelo Supremo Tribunal Federal, afastada a existência de violação à liberdade de expressão, não foi necessário proceder a nenhuma espécie de sopesamento. Como se entendeu que o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas era contrário ao próprio propósito (controverso) da liberdade de expressão, então se concluiu que a proibição de financiamento, na verdade, não comprometeria, mas protegeria tal liberdade. Dessa forma, bem entendidos os direitos e valores em questão, não haveria conflito a ser “resolvido”.

Importante notar que nada nesse tipo de fundamentação defendida por Dworkin se assemelha a alguma espécie de cálculo de custo-benefício. Não se está dizendo que uma limitação ao direito dos empresários de utilizar suas empresas para financiar campanhas é um custo x que pode ser afastado já que a democracia tem um ganho $2x$ ¹⁰. Nenhum direito de uma empresa ou de um empresário foi violado, nenhuma violação marginal à dignidade de um cidadão foi admitida.

3.1.1. Uma possível réplica: inflação de direitos

A adoção de definições amplas de direitos individuais, capazes de abarcar mesmo interesses triviais, não precisa ser negada pelos defensores da teoria da proporcionalidade. Na verdade, uma “inflação de direitos” é não apenas compatível com a proporcionalidade, mas também *necessária* para que essa teoria possa ser desenvolvida de forma coerente (MOLLER, 2013, p. 2).

Isso porque uma das características da análise de proporcionalidade é a compreensão de que *direitos não são diferentes em estrutura de meros interesses ou considerações de política* e, se é assim, qualquer tentativa de limitar o escopo de direitos será arbitrária (MOLLER, 2013, p. 6) Por mais trivial que possa ser o interesse de alguém, o respeito que devemos à sua autonomia individual nos obriga a *levar esse interesse em consideração*, mesmo que ele não seja determinante na decisão final a ser tomada (MOLLER, 2013, p. 17).

⁹ “The nerve of his argument [do juiz Kennedy]—that corporations must be treated like real people under the First Amendment—is in my view preposterous. Corporations are legal fictions. They have no opinions of their own to contribute and no rights to participate with equal voice or vote in politics.” (DWORKIN, R. The ‘Devastating Decision’. *New York Review of Books*, 25 Fevereiro 2010).

¹⁰ No mesmo sentido, tratando de violações a direitos com finalidade de combate ao terrorismo, cf. DWORKIN, *You cannot calculate human rights based on cost*, 2006.

Mais que arbitrárias, as definições restritas de direitos fundamentais apenas *aparentariam* ser livres de ponderação, quando na verdade “*são o resultado de uma ponderação, já que se baseiam em razões favoráveis e contrárias à tutela jusfundamental*” (KLATT e MEISTER, 2015, p. 56).

Dessa compreensão de que definições mais restritas de direitos fundamentais “escondem” uma ponderação os defensores da proporcionalidade também retiram uma série de críticas a abordagens de direitos fundamentais que não a adotam. Por exemplo, as críticas de pouca transparência, déficit de fundamentação e insegurança jurídica, além da crítica de deficiência estrutural pela confusão entre conteúdo do direito – que deveria ser definido através da interpretação do texto de cada direito, sem levar em consideração interesses conflitantes – e sua limitação – realizada através da ponderação (KLATT e MEISTER, 2015, p. 57-59).

Assim, para um defensor da proporcionalidade, a aplicação da regra da proporcionalidade no voto convergente apresentado no caso julgado pelo TJ-SP traria a transparência que faltou ao voto do relator e o afastamento da liberdade de expressão da decisão sobre financiamento de campanha pelo Ministro Luiz Fux no STF significaria que, pelo menos no que diz respeito à fundamentação, não se levou em consideração o interesse dos empresários e da AMBEV, que deveria ter sido considerado.

3.2. John Rawls e a definição dos princípios de justiça

Embora não seja jurista e não escreva diretamente a juristas, a metodologia que John Rawls utiliza na construção de sua teoria da justiça também pode servir como forma de negar à teoria da proporcionalidade o *status* de método universal de resolução de questões envolvendo direitos fundamentais que ela pretende ter.

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls parte da situação hipotética de um “acordo original” para definir como seria a estruturação justa de uma sociedade. O autor afirma que a definição justa de como as principais instituições distribuem direitos fundamentais e obrigações e determinam a divisão das vantagens advindas de cooperação social – a “estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1999, p. 6) – pode ser obtida através da indagação sobre como pessoas livres, racionais e preocupadas com seus próprios interesses definiriam tal estrutura se não soubessem que posições ocuparão nessa sociedade nem quais serão suas concepções de bem e tendências psicológicas – se estivesse sob o chamado “véu da ignorância” (RAWLS, 1999, p. 10-11).

Rawls conclui que, sob o véu da ignorância, o acordo original elegeria dois princípios de justiça: (i) cada pessoa deve ter um direito igual ao maior sistema de liberdades básicas compatível com um esquema similar de liberdades para os outros e (ii) desigualdades econômicas e sociais

devem existir de forma que (a) seja razoavelmente esperado que elas sejam para a vantagem de todos e (b) elas estejam relacionadas a posições e cargos abertos a todos (RAWLS, 1999, p. 53)¹¹. O acordo original também seria por uma *prioridade lexical* do primeiro princípio. Isto é, liberdades básicas teriam, salvo situações excepcionais, prioridade sobre considerações de igualdade (RAWLS, 1999, p. 55), não podendo ser afastadas por considerações de interesse público (RAWLS, 1983, p. 8).

Para o propósito desse artigo, interessa especialmente o conteúdo do primeiro princípio. Como definir quais são as liberdades básicas que uma sociedade justa deve garantir?

Essa definição deve ser feita levando em consideração, primeiramente, que só é possível (justo) ter uma liberdade se todos puderem tê-la, conforme o primeiro princípio de justiça (RAWLS, 1983, p. 56) e através de um *ajuste* de uma liberdade em relação a outra (RAWLS, 1983, p. 72)

Rawls afasta expressamente a possibilidade de que essa definição seja feita de forma a *maximizar* alguma coisa (RAWLS, 1983, p. 47) e, particularmente, destaca que o tipo de ajuste entre as liberdades que ele propõe é *diferente de um balanceamento de interesses*, que permitiria que considerações de todos os tipos – políticas, econômicas e sociais – restringissem as liberdades básicas (RAWLS, 1983, p. 74).

O ajuste será baseado apenas no significado das liberdades dado por seu papel nos dois “casos fundamentais” que ele identifica: (i) a aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais e (ii) a aplicação dos princípios da razão deliberativa para guiar a conduta individual (RAWLS, 1983, p. 47). Uma liberdade vai ter tanta importância quanto mais ela permitir o exercício das capacidades morais dos agentes nesses dois casos. (RAWLS, 1983, p. 50)

Ainda que obviamente sem referência direta a esses “casos fundamentais”, penso que a forma como o STF afastou o financiamento privado de campanha do âmbito de proteção da liberdade de expressão é compatível com o tipo de análise que Rawls afirma que deve ser feita em relação às liberdades básicas.

Na verdade, Rawls trata expressamente do tema do financiamento privado de campanhas para ilustrar a forma como devem ser especificadas tais liberdades. O autor afirma que esse financiamento também deveria ter sido proibido nos Estados Unidos e critica a decisão da Suprema Corte no caso *Buckley*, em que se decidiu que limitações ao financiamento privado de campanha são uma restrição inconstitucional à liberdade de expressão (RAWLS, 1983, p. 75).

¹¹ Posteriormente, Rawls muda a redação do primeiro princípio para trocar “maior sistema” (“the most extensive total system”) por “um sistema totalmente adequado” (“a fully adequate scheme”) (RAWLS, 1983, p. 5).

A Suprema Corte teria falhado ao não ver a Constituição como “um todo” e ao não reconhecer que seus dispositivos devem ser tomados em conjunto na especificação de um processo político justo como parte essencial de um *esquema adequado de liberdades básicas* (RAWLS, 1983, p. 78).

Rawls também trata de propagandas comerciais, que ele entende que, muito embora sejam um tipo de discurso, não são protegidas pela liberdade de expressão como liberdades básicas, uma vez que não têm importância nos dois “casos fundamentais” referidos acima (RAWLS, 1983, p. 79). Ou seja, pensando em um caso como o da AMBEV julgado pelo TJ-SP, não caberia ao julgador sopesar a liberdade de expressão como valor constitucional com os interesses do consumidor, mas sim reconhecer que, bem entendida, a liberdade de expressão não protege a propaganda comercial.

No máximo, a publicidade de produtos poderia ser protegida pelo segundo princípio de justiça, uma vez que o acesso dos consumidores a informações sobre preços e qualidade de um produto fornecidas por tal publicidade pudesse favorecer o bom funcionamento do mercado e, consequentemente, a distribuição de recursos. O segundo princípio de justiça não impediria, contudo, que se proibissem propagandas que trouxessem informações falsas, diferentemente do primeiro princípio, que impede que sejam proibidos discursos políticos equivocados (RAWLS, 1983, p. 80).

Mais uma vez, aqui não se trata de sopesar interesses e de atribuir pesos a violações de princípios, mas de definir o âmbito de proteção de cada liberdade a partir de seu propósito dentro de um sistema amplo de princípios, dentro de uma teoria da justiça.

3.2.1. Uma possível réplica: o modelo de trunfos fraco

Como afirmei acima, Rawls distingue expressamente a forma como sua teoria especifica as liberdades básicas de alguma espécie de balanceamento de interesses, já que a prioridade lexical não admite que uma liberdade básica possa ser limitada por um interesse que não seja uma liberdade básica, por maior que ele seja.

Uma resposta possível a essa afirmação é que a teoria da proporcionalidade pode acomodar a teoria da justiça rawlsiana se for reconhecido às liberdades básicas um *peso abstrato* tão alto que, em um sopesamento, elas sempre ganhariam. Esse peso abstrato é o peso que um princípio tem em um sopesamento *independentemente do caso concreto* e que será considerado na fórmula do balanceamento ao lado da restrição ou da realização do respectivo princípio (KLATT e MEISTER, 2015, p. 38). Nas palavras de Klatt e Meister, “*é precisamente através do peso abstrato que os trunfos e a ordem lexical podem entrar no processo de balanceamento*” (KLATT e MEISTER, 2012, p. 27).

Essa possibilidade seria mais uma evidência da neutralidade da proporcionalidade como método constitucional, pois significaria que ela também pode “traduzir” teorias liberais da justiça como a de Rawls dentro de sua estrutura de balanceamento.

4. Conclusão

A teoria da proporcionalidade pretende ser um método neutro e universal para lidar com questões envolvendo direitos fundamentais. É verdade que ela não se afirma *suficiente* para dar conta dessas questões – reconhece que precisa ser “preenchida” por argumentos morais substantivos em cada caso concreto –, mas ela pretende oferecer uma *estrutura* para que esses argumentos possam ser organizados, esclarecendo quais argumentos são mais importantes e como eles se relacionam uns com os outros (ALEXY, 2014, p. 11).

Tal pretensão depende, entretanto, de que sejam verdadeiras as premissas apontadas na seção 1 de que normas se dividem estruturalmente apenas em regras e princípios e de que as regras são aplicadas necessariamente por subsunção e os princípios necessariamente por meio da proporcionalidade. Ou seja, depende de que inexista outra forma de raciocínio jurídico possível para além da dicotomia subsunção/sopesamento.

Acredito que as críticas à teoria da proporcionalidade a partir de Dworkin e Rawls apresentadas acima afastam a plausibilidade de tais premissas.

Quando, para a definição de um direito, Dworkin afirma que devemos nos engajar em uma reflexão sobre o valor desse direito e sobre como tal valor se articula aos outros valores reconhecidos em nossa prática jurídica, ele não está apelando para nenhuma forma de sopesamento. Isso, por si só, já é suficiente para solapar a pretensão de neutralidade da teoria da proporcionalidade, que passa a ter o ônus de afirmar por que teorias como a de Dworkin não podem sequer ser consideradas como argumentos possíveis dentro de um debate sobre direitos constitucionais.

Mas isso ainda é pouco. Mais que incompatível com algumas teorias do direito, a teoria da proporcionalidade é equivocada ao confundir direitos com interesses, com sua “inflação de direitos”.

Uma atitude interpretativa como a empregada por Dworkin reconhece que o conteúdo de direitos como propriedade, liberdade de expressão, igualdade, etc. é altamente controverso, mas que tal controvérsia *não pode ser compreendida como uma disputa entre interlocutores com diferentes interesses* e sim como uma *controvérsia sobre o valor dos diferentes direitos em questão*.

Naturalmente, podemos supor, por exemplo, que, cada um pensando em seus próprios interesses, partidos políticos que se beneficiam de grandes doações defendam que as empresas têm direito a fazê-las, enquanto partidos pequenos, que não conseguem captar tais recursos,

afirmem que esse direito não existe. Da mesma forma, mulheres podem ter o interesse de não serem objetificadas e cervejarias ter o interesse de vender mais cerveja. Mas não é assim que os argumentos são colocados no debate público (e constitucional). A alegação de um grande partido de que o financiamento privado é constitucional *porque* ele tem interesse de receber mais recursos do que recebem partidos pequenos não é, *tout court*, sequer inteligível como argumento. O mesmo vale para a afirmação dos interesses (*e não direitos*) da mulher ou da cervejaria.

Isso mostra como, ainda que a proporcionalidade pareça bastante plausível quando pensamos em interesses, ela perde muito de seu apelo quando estamos pensando em direitos. Não porque direitos não resguardem também interesses daqueles que os possuem, mas porque eles demandam um tipo especial de justificação.

Trata-se do tipo de justificação que, além de Dworkin, Rawls também tenta oferecer, utilizando-se, como visto, da hipótese do “acordo original”, e do “ajuste” entre liberdades básicas através de uma compreensão sobre as capacidades morais dos indivíduos.

Os argumentos de Rawls, é importante destacar, não podem ser compatibilizados com a proporcionalidade através da mera atribuição de um “peso abstrato” às liberdades básicas. Isso porque sua teoria não se esgota na simples atribuição de uma prioridade lexical a tais liberdades. O *método* que Rawls utiliza para chegar ao conteúdo dessas liberdades, assim como o de Dworkin, é incompatível com uma abordagem de direitos através de sopesamento.

Assim, além de não neutra, pois incompatível com uma série de teorias do direito e da justiça, a teoria da proporcionalidade é equivocada ao levar a uma confusão entre direitos e interesses, em prejuízo da correta identificação daqueles.

Por fim, é possível questionar a relação entre proporcionalidade e legitimidade política, que pode ser vista como a razão de fundo da divergência entre as teorias de Dworkin (e também a de Rawls, acredito) com a teoria da proporcionalidade.

Para Dworkin, uma concepção de direito deve explicar como o que se considera ser direito pode oferecer uma justificação geral para o uso da coerção (DWORKIN, 1998, p. 190). A concepção do direito de Dworkin, do *direito como integridade*, responde a esse desafio afirmando que o reconhecimento da integridade como valor expressa igual consideração e respeito do Estado para com os cidadãos e entre os cidadãos e que, como apenas um estado que trata seus cidadãos com igual consideração e respeito é capaz de criar uma obrigação genuína de obedecer ao direito, então esta é a melhor concepção do direito disponível (DWORKIN, 1998, p. 213-215).

Sem entrar no mérito de se a integridade deve mesmo ser o valor central – o *point* – da prática jurídica, quero apenas destacar que o que Dworkin propõe é que uma concepção de direito será tão melhor quanto mais competente for em apresentar o direito como justificador do poder estatal. E, como a concepção do direito adotada naturalmente tem consequências na forma como

serão resolvidos casos controversos (i.e., na identificação do direito), então a “escolha” da melhor concepção disponível será, ela mesma, capaz de reforçar a obrigação de obedecer ao direito.

A utilização da proporcionalidade como método, por outro lado, compromete a legitimidade política ao permitir que as decisões sejam fundamentadas não com base em um esquema geral de princípios que se reforçam reciprocamente, mas com base nos *interesses* em questão em cada caso concreto. Isso, naturalmente, significa que o esquema geral de princípios que forma a moralidade de uma comunidade política será prejudicado. Em outras palavras, a fundamentação de que se lança mão para justificar um sopesamento não procura reforçar a legitimidade do estado e do direito e, com isso, a compromete. O poder não pode ser justificado apenas com sopesamentos e subsunções.

Referências

AFONSO DA SILVA, V. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

ALEXY, R. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALEXY, R. **Constitutional Rights and Proportionality**. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, n. 22, p. 51-65, 2014.

DWORKIN, R. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, R. **Law's Empire**. Oxford: Hart Publishing, 1998.

DWORKIN, R. **Isaac Marks Memorial Lecture: Do Values Conflict? A hedgehog's approach**. Arizona Law Review, n. 43, 2001.

DWORKIN, R. Keynote adress. In: DU BOIS, F. (.). **The Practice of Integrity: Reflections on Ronald Dworkin and South African Law**. Lansdowne: Juta, 2004. p. 1-17.

DWORKIN, R. **You cannot calculate human rights based on cost**. The Guardian, 2006 maio 2006.

DWORKIN, R. **Justice in Robes**. Cambridge: Belknap Press, 2006.

DWORKIN, R. **The 'Devastating Decision**. New York Review of Books, 25 Fevereiro 2010.

GROSS, C. P. Pode dizer ou não? Jeremy Waldron e Ronald Dworkin discutem (e discordam!) sobre liberdade de expressão e discurso discriminatório. In: MACEDO JR. (org), R. P. **Teoria do Direito Contemporânea - Autores e Temas**. Curitiba: Juruá, 2017.

KLATT, M.; MEISTER, M. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, M.; MEISTER, M. **A proporcionalidade como princípio constitucional universal**. Revista Publicum, n. 1, p. 30-70, 2015.

MÖLLER, K. **Balancing and the Structure of Constitutional Rights**. International Journal of Constitutional Law, v. 5, n. 3, p. 453-468, 2007.

MOLLER, K. **Proportionality and Rights Inflation**, Londres, n. 17, 2013.

RAWLS, J. **The Basic Liberties and Their Priority**. The Tanner Lectures on Human Values. Salt Lake City: [s.n.]. 1983.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Cambridge: Belknap Press, 1999.

SUNDFELD, C. A. Princípio é Preguiça? In: _____ **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

SWEET, A. S.; MATHEUS, J. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. Columbia Journal of Transnational Law, Nova York, p. 72-164, 2008.

.....

Minibiografia do Autor – Caio Gentil Ribeiro

Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

.....

Enviado em: 09 de setembro de 2017.

Aprovado em: 23 de outubro de 2018.