



LEVANDO O DIREITO À LIBERDADE A SÉRIO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE RONALD DWORKIN

Vinicius de Godeiro Marques¹

RESUMO

O arranjo conferido ao direito à liberdade é um dos temas centrais em todo Estado democrático. Notadamente, a forma como as liberdades são distribuídas na sociedade impactam diretamente o campo de ação de cada cidadão, condicionando o exercício de todos os seus direitos. O presente artigo tem como objetivo apresentar a abordagem proposta por Ronald Dworkin, na obra “Levando os direitos a sério”, sobre como o direito deve encarar a liberdade e, mais particularmente, uma cláusula geral de liberdade a partir de uma compreensão forte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito geral à liberdade. Ronald Dworkin. Igual consideração e respeito.

1 INTRODUÇÃO

A instauração, no Brasil, de um Estado constitucional democrático após anos de restrições às liberdades humanas fez refletir, na constituição, a ânsia por concretizar um amplo rol de liberdades. E, assim, a constituição fez constar em seu conteúdo um extenso número de garantias específicas a diferentes liberdades, entendidas como prerrogativas fundamentais a que todo homem tem direito. Mas a noção de liberdades ainda suscita divergência acerca da identificação de seu conteúdo, se destinando o presente trabalho a tratar de pelo menos uma hipótese

¹ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

de como, e quando, é possível afirmar que a liberdade de um grupo ou indivíduo foi violada.

Com esse intento, na seção de número 2, será abordada a defesa acerca da existência de um direito geral à liberdade. Para os autores que defendem tal corrente, na constituição haveria uma cláusula geral capaz de fornecer juridicidade às mais diversas pretensões possíveis e garante-las da intromissão indevida do Estado em assuntos nos quais não detém legitimidade para impor certo comportamento. A liberdade se justificaria pela necessidade dela mesma, sendo essa a origem de sua força jurídica. No mesmo recorte, também se atentarão para a existência de autores que renegam uma concepção de liberdade assim concebida, defendendo um conceito mais estrito e voltado ao entendimento de que o Estado possui autoridade para cercear parcela dos comportamentos possíveis em nome de outros interesses também relevantes.

Em seguida, na seção de número 3, será apresentada a forma com a qual o autor estadunidense Ronald Dworkin encara uma cláusula geral de liberdade a partir, principalmente, dos estudos desenvolvidos ao longo de seu primeiro livro publicado: Levando os direitos a sério. Introduzindo a temática, será abordado de que forma é possível dizer que existe um direito frente ao Estado ou terceiros, bem como de que maneira tal construção se distingue da noção popularmente atribuída ao mesmo conceito, incapaz de informar ao cidadão qual direito efetivamente possui.

A partir dessa perspectiva, a abordagem do direito à liberdade se dividirá em quatro subseções. Na primeira, partindo da distinção entre duas noções deste direito – como licença e como independência – será defendida a impossibilidade de se conceber a liberdade como a emancipação de qualquer amarra aos comportamentos que venham a ser desejados, notabilizada através de uma cláusula geral. Na segunda, será defendida a existência de liberdades específicas, informadas por um conteúdo que lhes é implícito, mas independe dela por si mesma. Em seguida, serão introduzidas as concepções de igualdade que perfazem o direito à igual consideração e respeito para defender a capacidade de tal direito regular a intervenção do Estado nos caminhos que um homem pode decidir trilhar. Por fim, encerrando o desenvolvimento do texto, será abordada a ideia de que o direito à igual consideração rege o conteúdo mínimo do direito à liberdade, sendo esse o seu pressuposto básico.

2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DIREITO À LIBERDADE

A liberdade ocupa papel central na estrutura da sociedade e é tida como uma das principais condições para o desenvolvimento do homem e dos seus planos de vida. Em seu nome rogam-se inúmeros significados; contudo, ao Direito apenas é pertinente a sua conotação jurídica, aquela empregada quando invocamos o *direito à liberdade* para proteger uma posição que esteja sendo ameaçada pela interferência de outros. Isso porque existe um notável destaque quando se reconhece a sua juridicidade: quem, de fato, possui direito à liberdade, terá a seu favor um compromisso de não obstrução às escolhas que desejar eleger.

Desta forma, a sua caracterização não compreende uma possível vastidão de sentidos,

mas tão somente aqueles escolhidos pelo ordenamento jurídico para delinear-la. Assim, dentro da área de abrangência deste direito, se compreende o rol de liberdades específicas e aquilo que se convencionou chamar de direito geral de liberdade.

Sob a perspectiva dessa última concepção, o direito à liberdade é encarado não apenas como uma mercadoria a ser colocada à disposição em diferentes fatias, mas sim enquanto uma qualidade passível de ser atribuída a pessoas, ações e sociedades (ALEXY, 2011, p. 219). Os homens são livres para agir, bem como para escolher não tomar qualquer atitude, e essa é uma característica que lhe é inerente enquanto titular de liberdades. Portanto, o objeto desta será sempre uma alternativa de ação, a possibilidade de fazer ou não fazer algo sem assinalar qual conduta deve ser adotada, impondo-se aí uma abstenção ao Estado.

Nesse sentido, quando se diz que alguém é livre para fazer algo, se presume a ausência de bloqueios à sua vontade. Contudo, isso não esgota o conteúdo desse direito, na verdade, a inexistência de embaraços é apenas uma forma através da qual o homem pode ser livre e, infelizmente, não garante por si só essa esfera de autonomia. Quem não tem recursos para promover o seu sustento está tão limitado quanto aquele que tem grande parcela de seus ganhos confiscados pelo Estado. Nos dois casos, as possibilidades de escolha estarão suprimidas, seja pela total ausência de recursos, seja pela atuação ilegítima do Estado. A liberdade figura, pois, como condição para a proteção da dignidade humana, lhe oferecendo suporte e compondo o seu conceito ao lado de outros princípios (ALEXY, 2011, p. 358-359).

Em Alexy (2011, p.341-392), a liberdade é encarada através de uma perspectiva negativa na qual se sobressai uma *alternativa de ação* conferida ao homem enquanto possibilidade de fazer ou deixar de fazer algo sem que ele esteja obrigado a escolher qualquer opção. Será livre, pois, aquele que dispor de escolhas para trilhar o seu caminho e puder elegê-las voluntariamente. Consoante o referido autor (2011, p. 343):

a liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. [...] De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – *permitido* fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o *direito*, em face do Estado a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).

Seguindo essa linha, para Sarlet (2012, p. 430-431), em interpretação conjunta com o § 2º do art. 5º da constituição², um direito geral de liberdade está em sintonia com a ideia de liberdades implícitas e pode funcionar como um mecanismo de integração, no nosso sistema, de outras liberdades previstas em tratados internacionais, somente sendo possível deixar de aplica-la quando estiver em conflito com alguma cláusula especial já consagrada no texto da constituição.

2 “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim “a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional” (SARLET, 2012, p. 431). Segundo o constitucionalista, a liberdade encarada enquanto cláusula aberta persegue um fim: o de ampliar as possibilidades de escolha ao máximo, garantindo ao indivíduo uma parcela de livre escolha.

Entretanto, como assevera José Afonso da Silva (2005, p. 232), há um problema no conceito de liberdade assim desenhado. Esta concepção, em oposição a qualquer espécie de autoridade, ignora que cada cidadão guarda o direito de se opor ao autoritarismo, a leis iníquas, mas não à autoridade legítima. O direito à liberdade não consiste em se fazer o que quer, mas em poder fazer tudo aquilo que a lei permite.

Esse também é o ponto de vista sustentado por Daniel Sarmento, para quem uma leitura da Constituição “basta para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes” (2010, p. 175). O reconhecimento dos direitos sociais e a crescente preocupação em concretizá-los através de uma atuação positiva do Estado denotam a sua preocupação com a efetivação da liberdade e transformam este direito em condição para a consecução de suas promessas.

Esses dois autores defendem uma concepção de liberdade muito mais restrita do que aquela difundida por Alexy. Enquanto o jurista alemão compreende estar clara na concepção de direito à liberdade uma abertura para a realização de toda ação (fazer ou não-fazer), José Afonso da Silva e Daniel Sarmento como citado, negam esse direito geral para dizer que não haverá liberdade quando a lei exigir tal ou qual comportamento. Na verdade, quando Alexy reconhece que – ao mesmo tempo em que diz haver um direito contra o Estado de não embarçar as possibilidades de ação – só é permitido fazer aquilo sobre o qual não paise nenhuma restrição, está ele a descrever algo muito próximo ao princípio da reserva legal³.

Essa distinção entre liberdade geral e diferentes liberdades específicas é ainda mais acentuada em autores liberais, como John Rawls e Dworkin⁴. Em Rawls (2008, p. 07), a liberdade consiste num padrão de convivência determinado pela estrutura das instituições de uma comunidade. Contudo, para o filósofo, nem todas as suas formas estão enumeradas na lista de liberdades fundamentais e, por isso, não estão garantidas pela proteção de seus princípios. Com efeito, o seu primeiro princípio de justiça – de que cada pessoa deve ter direito ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais compatível com um esquema de liberdades

3 O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal brasileira assim dispõe: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

4 A distinção entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin não se restringem ao tratamento dado à ideia de liberdade geral, da maneira como será abordada ao longo do texto. Pelo contrário, estando o primeiro intimamente vinculado ao modelo de Estado social, a diferença observada para com autores filiados ao liberalismo não é dificilmente percebida. Não à toa alerta Oliveira (2008) para a clara disparidade entre a forma com a qual os conceitos de norma, regra e princípio são encarados por cada um. Não há, pois, uma linearidade entre as suas obras.

iguais para outros – roga apenas “que certos tipos de leis, aquelas que definem as liberdades fundamentais, se apliquem igualmente a todos e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos” (RAWLS, 2008, p. 77).

Conforme Teixeira (2007, p. 50-51), Rawls deixa de lado a distinção existente entre liberdades negativas e positivas para se concentrar nas restrições impostas ao homem e nas formas pelas quais ele pode ser ou não ser livre. A cláusula geral e irrestrita de autonomia para se fazer o que quer não entra na concepção de sua teoria da justiça. Nela, a liberdade é vista como a aplicação regular e indiscriminada das liberdades básicas, distribuídas equitativamente dentre a coletividade.

Porém, ainda assim ao legislativo não é dado o poder de limitar a esfera de igual liberdade arbitrariamente, ou com base em vantagens sociais e/ou econômicas. O primeiro princípio de justiça, tal como apresentado, representa uma defesa forte às exigências de eficiência e ganhos econômicos em detrimento de liberdades básicas de um grupo. Disso resulta que a única razão para se restringir liberdades fundamentais é resguardá-las de interferências capazes de gerar uma ofensa ainda maior à esfera de autonomia humana (RAWLS, 2008, p. 264).

Somente a liberdade pode cercear a si própria e nisso consiste a primazia da liberdade defendida por Rawls (2008, p. 301-311). Portanto, ganhos utilitários, de qualquer natureza, não concorrem com as exigências de igual liberdade e nem servem para justificar a inserção de uma cláusula geral em um sistema jurídico.

Como será visto no decurso do texto, Dworkin sofreu grande influência de Rawls e elaborou sua própria concepção de “igual liberdade” ao longo das páginas da obra *Levando os direitos a sério* (2008), a qual será agora abordada.

3 A IGUALDADE COMO GUIA PARA A DETERMINAÇÃO DA PARCELA DE LIBERDADE QUE NOS É EXIGÍVEL

Havendo um confronto entre um direito resguardado constitucionalmente e algum comportamento que lhe é contrário, a constituição exigirá e garantirá o seu ajuste em favor do fortalecimento dos seus princípios. Desde as lições de Konrad Hesse (1991, p. 9-34), entende-se que a constituição de um país nasce para ser cumprida, para preservar e realçar a vontade encartada em seu conjunto normativo. Além de descrever um contexto histórico e político, a razão de ser da constituição consiste na sua vigência e no dever de conferir às suas normas a maior eficácia possível.

Portanto, enquanto a *democracia* pressupõe a ideia de soberania popular, de vontade do povo e de governo da maioria; o *constitucionalismo* traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais e individuais, abrigados, como regra geral, em uma constituição escrita (BARROSO, 2013, p. 87-88). Há, em meio a essa dualidade, uma tensão que, muitas vezes, obscurece a separação entre aquilo que se deseja fazer, mas os limites impostos pela convivência em sociedade não autorizam; o que é permitido fazer, ainda que o ordenamento não

forneça um suporte a essa prática; e o que não apenas é permitido, mas também é resguardado que se faça.

Não raras vezes os indivíduos são levados a entrar em desacordo sobre o que é o direito e quais são suas exigências. Havendo dúvida razoável, utilizam-se os critérios que são fornecidos para saná-la. Nesses termos, alguns conceitos ou ideias são compartilhados quando se concorda com uma definição que estabelece os *critérios* para a aplicação precisa do termo ou frase a eles associados (DWORKIN, 2010, p. 15). Nesse sentido, pode-se afirmar que o estado do Acre compõe a república federativa do Brasil porque se localiza dentro de seu território nacional ou que um copo é um copo porque apresenta a sua forma cilíndrica característica. Comparado o objeto de análise com o conceito, pode-se visualizar se aquele se encaixa nesse e oferecer uma resposta segura se determinado território faz parte do nosso país ou se um objeto cilíndrico é um copo, e não uma garrafa ou uma taça.

Em outras situações, é possível ter certeza do que constitui o objeto em análise porque outros conceitos podem ser formulados com base naquilo que a sua *estrutura física ou biológica* diz. Mesmo havendo alguma dúvida ao se diferenciar aço de ferro, uma análise química da estrutura de cada material facilmente nos demonstraria as suas propriedades específicas, assim como uma análise de DNA pode discriminar aquilo que há de singular entre um maltês e um labrador.

Entretanto, certos conceitos encontram-se envoltos em uma imprecisão inafastável por testes como os anteriores. Dentre eles, os de liberdade e de muitos outros institutos jurídicos funcionam como “conceitos interpretativos que nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal construto” (DWORKIN, 2010, p. 17).

Logo, o seu significado só pode ser definido dentro das particularidades que a ele se apresentem. E mais, existindo um profundo desentendimento acerca de seu conteúdo, a compreensão de um *conceito interpretativo* passará a exigir a melhor interpretação das regras e convenções da sociedade, bem como do ordenamento jurídico.

Com efeito, o direito não se refere a questões que *deveriam* ser concretizadas, mas àquelas que *devem* ser satisfeitas exatamente por existir um direito a determinada tutela. Às vezes é possível dizer que alguém deve tomar determinada atitude por ser uma conduta correta e moralmente requerida; outras vezes, que é possível se comportar de certa forma porque as normas a que se está obrigado o permitem e, em outras circunstâncias, que existe uma obrigação de fazer algo não apenas porque agir de forma diversa aparenta ser errado, mas porque é juridicamente exigido que se comporte de determinada maneira.

Dentro desse contexto, é provável que um ganhador da loteria seja censurado por não destinar parcela de seu ganho a alguma causa humanista, enquanto gasta a fortuna de forma desregrada; é concebido que ele tem a faculdade de ajudar o próximo; mas dificilmente admite-se que alguma organização sem fins lucrativos tenha o direito de lhe exigir auxílio financeiro ou que exista o dever jurídico que imponha tal encargo. Apesar de ser moralmente aceito que

ajudar o próximo é uma virtude desejável, um sujeito excessivamente rico é livre para não prestar auxílio financeiro a instituições de caridade enquanto gasta seu dinheiro como melhor entender. Ao final, é perfeitamente possível que alguém tenha o direito de fazer algo considerado errado, como também é possível que não tenha o direito a fazer a coisa certa (DWORKIN, 2002, p. 290).

Nesse sentido, quando fala-se em “direito”, pressupõe-se a existência de algo cogente, capaz de impor certo comportamento; de alguma norma que exija ou proíba determinada conduta. Contudo, esse uso não exclui outros significados comumente atribuídos ao mesmo termo direito.

Assim, dentro do imaginário daquilo que comumente entende-se por direito, é possível afirmar que cada um dispõe de um direito à liberdade porque é desejável que o homem possua a maior parcela desta possível, porque não tê-la é errado ou porque essa é uma condição estritamente necessária ao bom desempenho das atividades cotidianas. Com base nesse argumento, um direito geral à liberdade toma uma feição nitidamente privada e passa a ser informado pelos desejos individuais do justo e do correto. Tal direito existirá, pois, enquanto for alvo das aspirações de cada homem.

No entanto, parafraseando o exemplo formulado por Dworkin (2002, p. 413), um direito desse tipo não se diferencia e não diz muito mais do que a afirmação de que existe um direito geral a um aparelho de ar-condicionado em dias quentes, simplesmente por desejarem um ambiente climatizado nesses dias de calor ou que podem exigir felicidade porque esse é um objetivo a que todos desejam alcançar. Na verdade, essa concepção de liberdade descreve um *direito em sentido fraco* (DWORKIN, 2002, p. 413) e não possui força suficiente para fazer nascer uma obrigação exigível.

Entretanto, em outra percepção, se diz que existe um *direito em sentido muito mais forte*. Nesse espírito, quando se constata que alguém tem o direito de fazer algo, concorda-se que seria errado interferir na sua ação ou, pelo menos, que se fazem necessárias razões especiais para justificar qualquer ingerência (DWORKIN, 2002, p. 289). Reconhecida a sua existência, um direito como esse passa a ser encarado como uma *prerrogativa* própria ao homem e, existindo de fato o direito a alguma prestação, resta errado que o governo ou qualquer indivíduo prive esse direito, mesmo sendo do interesse geral proceder dessa forma.

Nos dizeres de Dworkin (2002, p. 294-295), “se ele tiver um direito moral à liberdade de expressão, terá então o direito moral de infringir qualquer lei que o governo, em virtude daquele seu direito, não tenha autoridade para adotar” de forma que admitir o contrário equivaleria a negar a própria existência desse direito.

Esse tipo de direito tem a potência necessária para proteger cada cidadão singularmente considerado dos efeitos das preferências e aversões da sociedade, ou de alguma parte importante dela. Deter um direito individual como esse implica conceber que qualquer um possa lançar mão dele para proteger uma posição jurídica ameaçada e, faz-se necessário esclarecer, a consequência natural de guardar um direito individual é poder valer-se dele contra a vontade

da maioria.

Sob essa perspectiva, através do direito à liberdade “não só deve ser permissível que os indivíduos façam ou não façam determinada coisa, mas também o governo e as outras pessoas devem ter a obrigação jurídica de não obstruir” (RAWLS, 2008, p. 248-249). Trata-se, pois, de uma obrigação, colocada contra o Estado e terceiros, de não obstar as realizações pessoais, refletindo-se na posição jurídica do ofendido em se valer da justiça para efetivar o seu direito, mesmo quando se elabore uma lei contra a parcela de liberdade em questão.

Conforme Dworkin (2002, 413-415), só é possível alegar a existência de um direito do primeiro tipo, em sentido fraco, depois de diluir muito a ideia do que é um direito e uma concepção como essa já não tem valor em um debate político ou em uma argumentação jurídica. Com efeito, o condão de um direito baseado apenas no que interessa ao homem possuir não é capaz de rivalizar com aquilo que lhe é inerente enquanto pessoa dotada de igual consideração e respeito. Portanto, se verdadeiramente existe um direito à liberdade, ele deve se encaixar nessa última distinção.

3.1 Distinção entre liberdade como licença e liberdade como independência

Para John Stuart Mill (2000, p. 33-34), o Homem se diferencia dos animais pela aptidão ao progresso e por constantemente evoluir com a correção de seus erros e a formulação de novas verdades. Conforme o autor, a originalidade constitui o caminho para o desenvolvimento racional e, para alcançar esse objetivo, faz-se necessário um espaço mínimo dentro da sociedade para que o erro seja corrigido e a verdade fomentada através da discussão livre de novas ideias.

Esse espaço diz respeito à parcela da conduta humana que não causa prejuízos a terceiros e deve permanecer intocável enquanto parte fundamental da liberdade que todo homem deve dispor. Tendo em vista não raro o povo desejar oprimir parte de sua totalidade (MILL, 2000, p. 9-10), se faz necessário limitar o poder do governo e das opiniões dominantes sobre os indivíduos. Entretanto, apesar de defender a liberdade, nos dizeres de Dworkin (2002, p. 404-406), o autor se refere a um tipo bastante específico de liberdade.

A acepção tradicional entende que a liberdade implica a ausência de frustração e de obstáculos às escolhas e atividades possíveis, a inexistência de obstrução nos caminhos que um homem pode decidir trilhar conforme seus desejos de vida. Trata-se de um conceito de *liberdade como licença*, que se vê indiferente à esfera de ação individual e busca maximizar o conjunto de comportamentos permitidos no seio de uma comunidade através da ausência de constrangimentos. Nesse sentido, o homem deve gozar da mais absoluta licença para concretizar seus desejos pessoais e o Estado deve se deter à regulação das estruturas sociais e dos comportamentos mais básicos (DWORKIN, 2002, p. 404-405).

Aparentemente, esse é um tipo de liberdade que potencializa a emancipação de cada indivíduo e, por isso, bastante desejável. Entretanto, em última instância, um direito em sentido forte a uma liberdade como licença prejudicaria qualquer limitação imposta pelo convívio em sociedade, e essa é uma consequência grave para um sistema que busca regular o comportamen-

to de um corpo social. Para Dworkin (2010, p. 159-160):

se é assim que entendemos a liberdade, torna-se evidente de imediato que a liberdade do lobo é a morte do cordeiro. Se for assim que entendemos a liberdade e estivermos comprometidos com a liberdade assim compreendida, torna-se bastante plausível que esse compromisso entrará muitas vezes em conflito com outros compromissos, inclusive com aqueles de caráter minimamente igualitário. [...]. Podemos dizer: a liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas. É a liberdade de usar recursos legítimos ou negociar sua propriedade legítima de maneira que lhe aprouver. Assim entendida, porém, sua liberdade não inclui a liberdade de se apropriar dos recursos alheios nem de prejudicar alguém com métodos eu você não tem o direito de usar.

Seguindo um caminho diverso à defesa da não existência de amarras em um direito como licença, Dworkin (2002, p. 405) esclarece que há ainda uma esfera de *liberdade como independência* que assegura ao indivíduo a não ingerência das opiniões de outros sobre as suas e é inerente ao status de uma pessoa independente e igual, capaz de se autodeterminar sem se submeter às vontades de outros. Busca-se, aqui, garantir que cada indivíduo, disponha de um espaço igual para desenvolver suas concepções de bem e seus padrões de vida boa sem a interferência das convicções de outros.

Trata-se do poder de cada um governar a sua própria vida e seus próprios interesses, de decidir aquilo que é bom para si e se guiar conforme essa escolha dentro dos limites impostos pelos direitos de terceiros (SARMENTO, 2010, p. 154). É, pois, o reconhecimento “de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios” (SARMENTO, 2010, p. 154).

Para Mill, leis que restringem a liberdade de todos ou condicionam o exercício dessa com o objetivo de evitar possíveis calamidades não ofendem ninguém; entretanto, leis que restringem a liberdade de grupos específicos e os tornam subservientes aos ideais de outros, ofendem profundamente. Na verdade, para ele, “o único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade é evitar danos aos demais” (MILL, 2000, p. 17).

Em leitura de sua obra, Dworkin (2002, p. 407-408) assevera que o autor se referia à *liberdade como independência* quando se opunha à tirania da maioria exatamente por buscar o respeito à individualidade do homem frente às opiniões dessa e não a liberdade ilimitada de satisfazer os desejos inquisitivos de uma parcela da população.

Em um sistema jurídico cujo propósito seja exercer o seu papel regulador, um direito em sentido forte à liberdade como licença, ou a alguma espécie de cláusula geral, não pode existir. Isso porque não é concebível que, ao mesmo tempo em que busque restringir a esfera de liberdade ao prescrever condutas proibidas ou devidas, conceda também a possibilidade de

pratica-las, ou não, com base em um direito geral de ação. Mesmo que se deseje com grande intensidade e se conceba que essa é uma condição fundamental para cada um viver sua vida, não existe liberdade quando o direito exige o contrário. Na verdade, se a ninguém é dado deixar de fazer algo que o direito impõe porque possui(ria) liberdade para não fazê-lo, a utilidade de uma cláusula geral de liberdade se torna questionável, principalmente quando não possui força para proteger a esfera de autonomia do homem.

Mesmo assim, a existência de um direito à liberdade como independência não é um mito, mas está condicionada a um pressuposto muito mais fundamental que o próprio apelo à liberdade.

3.2 Liberdades específicas e o seu conteúdo implícito

Nesse ponto, a *posição original* cunhada por John Rawls (2008, p.13-21) ao formular sua teoria da justiça oferece um bom subsídio para a discussão acerca do conteúdo encartado no rol de liberdades individuais. Segundo o autor, esse é um momento inicial de igualdade no qual será celebrado o contrato social que irá reger a vida dos participantes. Ali poderão estabelecer um interesse em resguardar o maior grau de liberdade possível. Contudo, sabem que esse não será um *direito* exigível, que uma *liberdade como licença* não é um *direito forte* porque, se o fosse, não admitiria sequer que uma norma penal básica pudesse restringir a liberdade de ação individual.

Nesse instante inicial no qual tudo está sendo definido e aquilo a que cada um terá direito ainda não foi escolhido, todos os interesses importam. No entanto, as partes presentes na posição original logo entenderão que a *liberdade como licença* não distingue entre as formas de conduta, que toda lei prescritiva de comportamento diminui parcela considerável daquela e que somente poderão guarnecer outros interesses igualmente importantes se deixarem de lado a ideia de liberdade geral.

Mesmo existindo uma grande preocupação em se resguardar a maior parcela de liberdade possível, sabem que não podem tornar uma cláusula geral juridicamente exigível. Portanto, outro direito deverá assumir o papel de guia central para a justiça social e as estruturas básicas da sociedade (DWORKIN, 2002, p. 277). E mais, esse direito terá a tarefa de justificar a quantidade de liberdade compatível com esses distintos interesses que só podem ser protegidos mediante restrições aos atos de outros.

Como bem observa Daniel Sarmiento (2010, p. 155), a autonomia privada não é absoluta. Pelo contrário, deve ser conformada com uma idêntica quota de liberdade a ser conferida aos demais e com outros valores igualmente relevantes à democracia, tais como a autonomia pública, a solidariedade e a segurança. Em verdade, “se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional” (SARMENTO, 2010, p. 155).

Com efeito, é necessário distinguir o desejo de resguardar liberdades particulares baseadas na ausência de restrições a atos considerados relevantes – como a participação política e

o direito ao voto direto e secreto – da recusa a uma liberdade como licença (DWORKIN, 2002, p. 277). O constitucionalismo atual tem como marca distintiva a garantia de direitos em sentido forte a certas liberdades individuais. Nessa perspectiva, é inviolável a liberdade de consciência e de crença. Porém, diferentemente da noção de liberdade como ausência de restrições, essas liberdades se apoiam no ideal de independência que cada homem carrega e na noção do que é imprescindível ao convívio em sociedade para retirar a sua força jurídica. Há, aí, algo a mais, revelado pela incorporação de valores considerados importantes no texto fundamental.

Este é um ponto relevante. Seguindo o exemplo utilizado por Dworkin (2002, p. 414), também está constitucionalmente consagrada em nosso ordenamento a liberdade de locomoção, mas, ao mesmo tempo, dificilmente se diria que as normas de trânsito não devem ser observadas, que existe um direito (em sentido forte) de dirigir rotineiramente em contramão e que um apelo à ideia de liberdade geral seria suficiente para desobrigar alguém dessas limitações. No entanto, restrições a posições mais fundamentais não são percebidas da mesma forma: se aceita que existe um direito à liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, de consciência, religião e convicção e que a restrição a esses comportamentos é muito mais gravosa que aquela imposta por uma regra de trânsito. Embora a construção de ciclovias possa reflexamente restringir a liberdade de locomoção dos motoristas de veículos automotores ao destinar uma faixa exclusiva para as bicicletas, uma possível restrição da capacidade de debate público de ideias e opiniões, ainda que também reduza parcela da liberdade, parece ser uma questão diferente, assim como parece sê-lo uma restrição ao direito de locomoção de grupo específico da população em situações nas quais não exista uma justificativa plausível para tanto.

Notadamente, esse sentimento indica que o impacto sobre as liberdades básicas vai além da própria ideia de liberdade. Bem por isso, “o que temos um direito não é, em absoluto, a liberdade, mas sim os valores, interesses ou posições que essa restrição particular frustra” (DWORKIN, 2002, p. 417).

Não é possível exigir um direito à liberdade por si própria, mas sim em razão das posições mais fundamentais sobrepostas nela (DWORKIN, 2002, p. 415-419): são essas posições que, quando afetadas, permitem distinguir a força de um direito comparado a outro e observar que a supressão de uma parcela da liberdade é percebida de forma diferente conforme esses diferentes direitos específicos sejam afetados. Incontestavelmente, vários direitos em sentido forte carregam consigo o anseio pela liberdade, mas pelo menos um deve desempenhar o papel central na teoria a respeito de qual é o conteúdo das prerrogativas mais básicas.

3.3 O direito à igual consideração e respeito como orientador das liberdades básicas

Vale esclarecer, aqui, que a existência de um contrato nos moldes expostos pela posição original foi uma circunstância criada por John Rawls (2008, p.127-208) para tornar nítida a medida de equidade que seus dois princípios de justiça pressupõem. Portanto, “trata-se de um artifício de representação que pode ser adotado em qualquer momento, devendo o acordo elaborado pelas partes ser considerado como hipotético e não identificado historicamente” (TEI-

XEIRA, 2007, p. 46). É exatamente a medida de justiça e sensatez resultante da posição original que é útil para testar a adequação dos mais diversos argumentos à estrutura de uma sociedade bem ordenada, desprovida de aversões e preconceitos contra certos grupos e preferências com relação a outros.

Através da estrutura de uma posição original, é possível lançar mão sobre o que seria do interesse antecedente fazer e daí retirar uma solução para o conflito em questão. A situação de igualdade à qual se está submetido e a aceitação proporcionada pela fixação prévia das regras que irão reger a escolha conferem a isenção necessária para a decisão tomada pelo grupo.

Portanto, mesmo durante a elaboração de seu contrato social, as partes não são livres para agir arbitrariamente; ao contrário, enquanto condição para a própria posição original lhes é garantido o direito de ser tratado como igual, independentemente de seus gostos pessoais (RAWLS, 2008, p. 22-23). Todos têm direito a igual participação na formulação do contrato e o debate deve ocorrer sem que uns julguem sua posição merecedora de maior consideração que a dos demais.

Assim, da mesma forma que na posição original, a existência de um direito à *igualdade* em uma sociedade bem ordenada decorre da potencialidade em desenvolver uma personalidade moral. Trata-se de uma prerrogativa básica devida a todo homem enquanto seja capaz de elaborar uma concepção do próprio bem, um plano racional de vida, e de possuir e agir segundo um senso de justiça. Para Rawls (2008, p. 622-630), esse é um traço característico do homem que o diferencia dos animais e obriga que seja tratado com base nos seus princípios de justiça. Conforme o autor, à justiça igual basta a capacidade de desenvolver uma personalidade moral, sem que ela mesmo seja necessária. Daí resulta que “não existe raça nem grupo reconhecido de seres humanos aos quais falta essa capacidade, ou sua realização em um grau mínimo, e a não-realização de tal capacidade é consequência de circunstâncias sociais injustas ou empobrecidas, ou de contingências fortuitas” (RAWLS, 2008, p. 625).

Dessa forma, todo homem possui um direito a igual consideração e respeito. Existem, contudo, dois significados ao alcance desse conceito (DWORKIN, 2002, p 249-352). O primeiro deles é o *direito a igual tratamento*, a igual distribuição de bens, oportunidades, recursos ou encargos. É nesse sentido que, em uma democracia, todos têm resguardado em seu voto a mesma força de decisão que os demais, sem que seja permitido a um grupo deter maior peso na escolha a respeito de quais indivíduos irão representar a população. O segundo é o *direito a ser tratado como igual*, trata-se da exigência de igual consideração e respeito nas decisões políticas que serão tomadas para definir como tais bens e oportunidades serão distribuídos, de considerar os cidadãos igualmente merecedores de estima.

Ainda que o direito a igual tratamento seja imparcial às necessidades individuais, não age com igual respeito, ou seja, trata como igual, quem destina a mesma quantia de verbas públicas a duas cidades quando uma delas é vítima de uma catástrofe natural e necessita de uma parcela maior de recursos para garantir a sobrevivência de seus cidadãos. Também não trata alguém como igual quem julga as suas reivindicações desimportantes simplesmente pelo que elas

representam diante das próprias convicções. *O direito a ser tratado como igual é fundamental, o direito a igual tratamento é seu derivado, em certas circunstâncias um implicará no outro, mas não em todas* (DWORKIN, 2002, p. 421). Sob esse raciocínio:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo de como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. Considerados em conjunto, esses postulados expressam [...] uma concepção de igualdade e não uma concepção de liberdade como licença (DWORKIN, 2002, p. 419-420).

O procedimento comum ao sistema democrático, enquanto mecanismo de representação política, emprega a regra da maioria para estabelecer os direitos e deveres dos cidadãos. No entanto, mesmo não sendo possível apelar a uma noção de liberdade geral para contestar a validade de determinado ato normativo, os trabalhos legislativos encontram como barreira intransponível o respeito aos direitos fundamentais e, nesse aspecto, o direito à igualdade exerce um papel central.

Nenhuma restrição deve se basear na ideia de que existem formas de vida intrinsecamente mais valiosas que outras. Assim, não age com igual consideração e respeito quem discrimina um negro por acreditar que esse não pode/deve ocupar um cargo de notoriedade dentro da sociedade, também não se comporta assim quem, pelo mesmo serviço prestado, paga menos a uma mulher do que pagaria a um homem; mas não há dificuldade nenhuma em afirmar isso, pelo contrário, essas são conclusões mais ou menos bem incorporadas à moral geral como um todo. A complexidade aumenta quando se tratam de questões controversas.

Com efeito, as reivindicações que uma sociedade pode abrigar devem conservar o mesmo peso e capacidade de influência no debate público, sem pressupor que quem detém determinado tipo de crença possui uma concepção de vida de alguma forma mais pura que quem professa outra fé. Ao final, “a humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o eu lhe parece bom do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom ao restante” (MILL, 2000, p. 22).

3.4 Igual consideração e liberdade como independência

Agora é possível prosseguir com argumento acerca da liberdade, no qual se alcançou um ponto crucial. Foi dito que, embora uma regra de trânsito diminua parcela da liberdade enquanto licença, a censura a convicções pessoais e a outros direitos básicos atinge a população de maneira diferente e que não existe um direito geral à liberdade, mas a certas liberdades

guarneckidas por valores que a elas são conexos. Contudo, nada foi dito acerca da *liberdade como independência*.

Kant (2008, p. 09-18) oferece uma boa perspectiva para elucidar esse ponto. Para o autor, o “esclarecimento” equivaleria à saída do homem do seu estado de *minoridade*, entendido como a incapacidade de “se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro”. Segundo o filósofo alemão, a fim de alcançar esse objetivo bastaria a liberdade para a reflexão e o uso público da razão em um ambiente livre de limitações à expressão dessas opiniões individuais sob pena de, não havendo espaço para o livre pensar, o homem ter seu agir limitado pelas reflexões de outrem.

Ao homem seria natural refletir e a falta de liberdade necessária a essa faculdade caracterizaria uma lei contra a natureza humana exatamente por retirar dele uma prerrogativa que lhe é inerente. Quando se fala em *direito à liberdade de expressão*, pressupõe-se o *direito fundamental a ser tratado como igual*; é desse direito em sentido forte que se retira a sua força jurídica.

O direito à liberdade como independência segue o mesmo caminho: existe porque a medida da liberdade exigida para o livre discernimento sem a interferência de outros é resultado do que foi chamado de *direito a ser tratado como igual* (DWORKIN, 2002, p. 421). Quando se submete a liberdade de tráfegar nas ruas às normas de trânsito não se ofende nada mais que a própria noção de liberdade como licença; de forma diversa, quando uma liberdade como independência é cerceada atinge-se diretamente o direito a ser tratado como igual, e esse é o pressuposto fundamental das liberdades básicas que um indivíduo dispõe.

Dessa forma, a ofensa à prerrogativa de ser tratado como igual implica uma mácula às liberdades e, como assevera Dworkin (2002, p. 305), “se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens”.

Decerto, os direitos individuais a diferentes liberdades podem ser reconhecidos quando for possível demonstrar, ao menos, que o direito fundamental a ser tratado como igual os exigem. Nesse sentido, Mill (2000, p.27-84) acreditava na existência de um direito à liberdade de expressão porque negá-lo equivaleria a aceitar a tirania da maioria sobre a minoria, a admitir a existência de uma parcela da população mais digna que outra. Dizer que certas opiniões devem ser merecedoras de menor consideração diante das demais ou que o modo de vida de uns é menos nobre frente à de determinado grupo demonstra ser o direito à igual consideração e respeito que é violado, e não um suposto direito à liberdade.

Dworkin (2002, p. 421) propõe que

os direitos individuais a diferentes liberdades devam ser reconhecidos somente quando se puder mostrar que o direito fundamental a ser tratado como igual exige tais direitos. Se isso for correto, o direito a diferentes liberdades não entra em conflito com nenhum suposto direito à igualdade concorrente; ao contrário, decorre de uma concepção de igualdade que se admite como mais fundamental.

Reconhecidamente, todos têm direito a ser tratados como pessoas e o Estado tem o dever de não discriminar os planos de vida de seus cidadãos, elegendo uns em detrimento de outros. Com efeito, quando se proíbe que alguns defendam os seus ideais políticos, o Estado ofende diretamente a parcela de igual liberdade que cada um deveria dispor enquanto membro de sua sociedade e merecedor de igual consideração e respeito. E nisto consiste seu ideal igualitário: “o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos” (DWORKIN, 2005, p. 169)

Até esse momento, chegou-se à conclusão de que a liberdade não é valiosa por si mesma, mas por servir de instrumento para resguardar outros valores. Entretanto, isso não quer dizer que ela também não ocupe um papel fundamental. Na verdade, a compreensão da igualdade na forma aqui apresentada faz da liberdade também uma questão de igualdade, ao invés de um ideal independente e em conflito (DWORKIN, 2005, p. 158). Se não é possível exigir qualquer direito à liberdade que entre em conflito com as exigências de igual respeito e consideração, resta evidente que aí não há um direito à liberdade, ao menos não no sentido forte aqui trabalhado.

Portanto, respeitar a liberdade implica respeitar a igualdade. Disso decorre que a liberdade não está subordinada à igualdade, mas sim intrinsecamente ligada a ela, compondo um único ideal humanista (DWORKIN, 2005, p. 177-178).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca das liberdades é extremamente fecunda e, por isso mesmo, o presente artigo teve como norte apresentar apenas uma concepção de direito à liberdade, capaz de informar qual o seu conteúdo mínimo, sem pretender esgotar as diferentes faces que um direito assim concebido possui. Para tanto, buscou-se esclarecer que, quando o termo *direito* é invocado, é necessário levar a sério as exigências feitas em nome desse ideal, não figurando apenas como um jargão performático sem normatividade. Ao contrário, dizer que existe um direito fundamental a algo reflete o reconhecimento de uma posição jurídica inegociável, inalienável e, assim, inafastável. Nesses moldes, deter um direito à liberdade implica não poder ter essa parcela de autonomia restringida.

Entretanto, embora seja defensável a existência de uma cláusula geral e irrestrita de liberdade por ser desejável possuí-la, uma concepção como essa não se amolda ao desenho institucional de uma sociedade regida pelo direito. Dito isso, não é concebível que alguém tenha o direito (prerrogativa) de fazer ou deixar de fazer algo quando o próprio direito (ordenamento jurídico) imponha o contrário. Alegar a existência de um direito geral à liberdade, nesses moldes, equivaleria a reconhecer a incapacidade do sistema jurídico em impor uma obrigação.

Com efeito, a liberdade como licença não constitui um direito em sentido forte, embora seja possível que grande parcela da população a deseje. Dessa forma, o direito à liberdade de expressão (e tantas outras prerrogativas consagradas pelo ordenamento jurídico) existe em

virtude do que a sua proteção representa no cenário político. É uma liberdade individual porque garante a parcela de independência e autodeterminação de cada homem e, nesse sentido, busca tutelar o seu direito à igual consideração e respeito.

Não sendo possível exigir um direito à liberdade com base em um preceito geral, defende-se um direito às liberdades básicas não porque é possível exigir força jurídica delas por si só, mas porque uma lesão a esses direitos atinge cada um de uma forma que vai além do seu impacto sobre a liberdade mesma, alcançando outros valores resguardados constitucionalmente. Nesse aspecto, o direito a ser tratado como igual representa o compromisso mínimo com a liberdade a que o direito deve se submeter. Portanto, nenhuma restrição à liberdade deve ter como base a existência de formas de vida mais ou menos valiosas, transformando-a, pois, em uma questão de igualdade.

De tudo isso, conclui-se que não existe um direito geral à liberdade, mas liberdades básicas que se conferem pelo valor somado a ela e que existe, pelo menos, o direito à liberdade que o direito a ser tratado como igual exige.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é iluminismo?. *In*: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 09-18.

MILL, John Stuart. **A Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie: Direitos de liberdade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012. p. 429-522.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Liberdades iguais em Rawls. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 85, p.40-62, jun./jul, 2007.

TAKING THE RIGHT TO FREEDOM SERIOUSLY: AN APPROACH BASED ON RONALD DWORKIN.

ABSTRACT

The arrangement assigned to the right to freedom is one of the central themes in any democratic State. Notably, the way freedoms are distributed in a society affect directly the action field of every citizen, influencing the exercise of all their rights. This article aims to present the approach proposed by Ronald Dworkin in the book “Taking Rights Seriously”, particularly, a general clause of freedom from a strong comprehension of the fundamental rights content.

Keywords: General right to liberty. Ronald Dworkin. Equal concern and respect.