



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÁSSIO EMANUEL RAUÉDYS DE OLIVEIRA MATOS

**O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN APLICADO À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E UMA
INTERFACE COM O CASO *SOUTH PARK***

Salvador
2023

CÁSSIO EMANUEL RAUÉDYS DE OLIVEIRA MATOS

**O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN APLICADO À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E UMA
INTERFACE COM O CASO *SOUTH PARK***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Professor orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven

Salvador

2023

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M433 Matos, Cássio Emanuel Rauédys de Oliveira
O pensamento de Ronald Dworkin aplicado à liberdade de expressão
artística e uma interface com o caso *South Park* / por Cássio Emanuel
Rauédys de Oliveira Matos. – 2023.
155 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, Salvador, 2023.

1. Dworkin, Ronald, 1931-2013. 2. Liberdade de expressão. 3. *South Park*
(Programa de televisão). 4. Justiça Distributiva. 5. Liberalismo. I. Miguel,
Daniel Oitaven Pamponet. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de
Direito. III. Título.

CDD – 340.1



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PARECER DA BANCA EXAMINADORA

Reunida para apreciar a dissertação final apresentada pelo Mestrando Cássio Emanuel Rauédys de Oliveira Matos, intitulada “**O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN APLICADO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E UMA INTERFACE COM O CASO *SOUTH PARK***”, a banca concluiu sua aprovação, com nota ____ (____), considerando o trabalho escrito apresentado e a defesa oral respectiva.

Salvador – BA, 22 de novembro de 2023.

Prof. Dr. Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel
Orientador

Prof. Dr. Antonio Sá da Silva

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa

AGRADECIMENTOS

Como afirma meu amigo Lázaro Borges em sua dissertação de mestrado: agradecer é recontar nossa história.

Essa história compreende contar que o ato de realizar o curso de mestrado em meio a uma pandemia catastrófica, certamente, não é algo corriqueiro. Poucos pesquisadores da humanidade, até então, haviam passado por essa experiência peculiar, na qual o limiar entre a vida e a morte parece mais evidente, os sentidos das coisas perde-se ou se ressignifica, e nossa condição humana se expõe incontrolavelmente diante da finitude temporal, muito conhecida, mas pouco refletida.

Agradeço, inicialmente, a Jesus Cristo, eterno mestre, guia e protetor, pela paciência e pelas forças concedidas para que este trabalho se concretizasse.

À toda minha família, que não vejo há mais de um ano, sobretudo minha mãe, em distanciamento por conta da pandemia, por todo o amor, pelo suporte e exemplos dados ao longo da minha vida.

Ao Professor Daniel Oitaven, agradeço pela imensa tranquilidade na condução desse processo de pesquisa, pelo compartilhamento de angústias, saneamento de dúvidas e estímulos à criatividade.

Aos amigos que fiz na passagem pela Faculdade de Direito da UFBA como graduando e agora como mestrando.

Lembro-me que, quando da minha conclusão de curso, agradei a cada um por tornar a normalidade algo prazeroso. Já hoje, em meio aos acontecimentos, agradeço por tornar o real mais próximo da normalidade.

Aos demais professores e servidores da Faculdade de Direito da UFBA, por fazerem possíveis esses encontros.

Aos amigos da minha experiência como residente jurídico na Procuradoria Geral do Estado da Bahia, que, durante estes alguns anos, suportaram o “cassionismo”.

À Universidade Federal Bahia, pelo seu investimento.

MATOS, Cássio Emanuel Rauédys de Oliveira. **O pensamento de Ronald Dworkin aplicado à liberdade de expressão artística e uma interface com o caso *South Park***. Orientador: Daniel Oitaven Pamponet Miguel. 2023. 168 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2023.

RESUMO

Este estudo propõe uma análise à luz do pensamento de Ronald Dworkin, um renomado filósofo do Direito contemporâneo. O foco recai sobre as controvérsias relacionadas ao humor artístico politicamente incorreto, tomando como paradigma o seriado norte-americano *South Park*, e sua interseção com os direitos humanos em uma democracia liberal, especialmente no que diz respeito à proteção de grupos sociais que enfrentam opressões decorrentes de preconceitos sociais. A hipótese central sustenta que a teoria liberal desenvolvida por Dworkin, que preconiza uma justiça distributiva de recursos, oferece uma resposta mais adequada às questões envolvendo a liberdade de expressão artística e os discursos de ódio ou preconceituosos, em comparação à simples imposição de censura como a primeira e única alternativa. Utilizou-se uma abordagem metodológica documental com uma perspectiva analítica. Os objetivos específicos deste estudo são: (a) analisar o pensamento do jurista Ronald Dworkin, introduzindo determinados marcos da filosofia do conhecimento representados por pensadores, como René Descartes, John Locke, George Berkeley, David Hume e teóricos da hermenêutica filosófica; (b) aprofundar a teoria da natureza argumentativa que permite a busca pela verdade em questões morais por meio da coerência argumentativa amalgamada na noção de integridade; (c) explorar uma possível interpretação dworkiniana da liberdade de expressão artística, destacando a liberdade de expressão em geral, ao mesmo tempo enfrentando objeções comuns para respondê-las e, quando pertinente, afastá-las desta forma específica de liberdade. A conclusão destaca: (a) a necessidade de afastar o sofrimento como justificativa para a restrição da liberdade de expressão artística em prol da garantia do direito individual; (b) que a liberdade não é uma demanda por abstenção apenas de terceiros e do Estado, mas um recurso disponível aos indivíduos em uma sociedade de fundamentos igualitários; (c) a supressão das expressões de personagens fictícios, como os de *South Park*, por meio do controle do destino dos personagens configura uma usurpação do exercício do direito artístico, um recurso ao qual um indivíduo pode recorrer em uma democracia liberal.

PALAVRAS-CHAVE: Ronald Dworkin. Liberdade de Expressão Artística. *South Park*. Justiça Distributiva. Liberalismo Igualitário.

MATOS, Cássio Emanuel Rauédys de Oliveira. **Ronald Dworkin's theory applied to Artistic Freedom of Expression and an Interface with the South Park Case**. Work advisor: Daniel Oitaven Pamponet Miguel. 2023. 168 f. il. Dissertation (Master in Law) – Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2023.

ABSTRACT

This study proposes an analysis in light of the thinking of Ronald Dworkin, a renowned contemporary legal philosopher. The focus is on controversies related to politically incorrect artistic humor, using the American series South Park as a paradigm, and its intersection with human rights in a liberal democracy, especially concerning the protection of social groups facing oppressions due to social prejudices. The central hypothesis argues that Dworkin's developed liberal theory, advocating distributive justice of resources, provides a more fitting response to issues involving artistic freedom of expression and hate or prejudiced speech compared to simply imposing censorship as the first and only alternative. A documentary methodology with an analytical perspective was employed. The specific objectives of this study are: (a) to analyze the thinking of jurist Ronald Dworkin by introducing certain milestones in the philosophy of knowledge represented by thinkers such as René Descartes, John Locke, George Berkeley, David Hume, and philosophical hermeneutics theorists; (b) to deepen the theory of argumentative nature that allows the search for truth in moral issues through coherent argumentation amalgamated into the notion of integrity; (c) to build a Dworkinian interpretation of artistic freedom of expression, emphasizing general freedom of expression, while simultaneously addressing common objections to answer them and, when relevant, dismissing them from this specific form of freedom. The conclusion highlights: (a) the need to distance suffering as a justification for restricting artistic freedom of expression to ensure individual rights; (b) that freedom is not a demand for abstention solely from third parties and the state but a resource available to individuals in a society with egalitarian foundations; (c) the suppression of expressions of fictional characters, such as those in South Park, through attempts to control the characters' destinies constitutes usurpation of the exercise of artistic rights, a resource that an individual can avail themselves of in a liberal democracy.

KEYWORDS: Ronald Dworkin. Artistic Freedom of Expression. South Park. Distributive Justice. Equal Liberalism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	COMPREENDENDO DWORKIN: OS ENTREPOSTOS FILOSÓFICOS NECESSÁRIOS E UM DIÁLOGO PERTINENTE COM A QUESTÃO HERMENÊUTICA NA FILOSOFIA.....	14
2.1	Do pensamento cartesiano ao “empirismo inglês”.....	16
2.1.1	As bases cartesianas e o paradigma da relação entre sujeito e objeto.....	16
2.1.2	Do empirismo inglês ao “positivismo metafísico”.....	21
2.2	As bases da Epistemologia Moral em Ronald Dworkin.....	26
2.2.1	Dworkin, a reinterpretação de Hume e o ceticismo.....	28
2.2.2	Da possibilidade de uma verdade moral.....	30
2.2.3	Críticas de Dworkin ao ceticismo externo.....	33
2.2.4	Ausência de “ponto arquimediano” ou por que não se sabe “como é ser um morcego”.....	38 72
2.3	Um diálogo com filósofos da Hermenêutica Continental.....	41
2.3.1	Os primeiros contornos da fenomenologia em Bertrand Husserl.....	42
2.3.2	Martin Heidegger e a contribuição da Hermenêutica Ocidental.....	46
2.3.3	Gadamer e Dworkin.....	49
3	DWORKIN, FILOSOFIA E A TEORIA DO DIREITO.....	55
3.1	Entre os objetivos intrínsecos e os objetivos justificatórios de um conhecimento.....	55
3.2	Aspectos principais do debate com o positivismo jurídico.....	58
3.3	Os níveis e as ocasiões de interpretação.....	63
3.4	A discricionariedade, a interpretação moral e jurídica e a necessidade de integridade.....	68
3.5	O processo da integridade judicial.....	71
4	DWORKIN E A TEORIA POLÍTICA.....	76
4.1	A herança do deontologismo moral kantiano em Dworkin.....	77
4.2	Teoria política como pressuposto das teorias do Direito.....	79
4.3	Críticas ao utilitarismo e os “direitos como trunfos”.....	82
4.4	O liberalismo igualitário.....	86
4.5	O liberalismo no projeto rawlsiano e as críticas ao utilitarismo.....	91

4.6	O contratualismo de John Rawls e a ausência de continuidade entre a ética e a política.....	93
4.7	As divergências de Dworkin com relação à tese de Rawls.....	99
4.8	O “leilão hipotético” como mecanismo de justiça distributiva.....	101
4.9	A conciliação da liberdade com a igualdade ou sobre a falsa disputa..	104
5	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA EM DWORKIN E UMA ANÁLISE DA OBRA ANIMADA <i>SOUTH PARK</i>.....	107
5.1	Argumento de princípios e argumentos de políticas.....	107
5.2	As justificativas instrumentais e as justificativas constitutivas da liberdade de expressão.....	110
5.3	Thomas Scanlon e os “atos de expressão”.....	111
5.4	As controvérsias a respeito da liberdade artística.....	114
5.4.1	A questão da pornografia e os tipos de justificativas para a liberdade de expressão artística.....	115
5.4.2	As críticas feministas à pornografia e a primeira resposta de Ronald Dworkin.....	119
5.4.3	As réplicas feministas e as reflexões finais de Dworkin.....	124
5.4.4	O politicamente incorreto segundo Stanley Fish e o debate com Dworkin.....	128
5.5	A defesa da liberdade de expressão como um recurso.....	132
5.6	Ronaldo Dworkin “visita” <i>South Park</i>	134
5.7	“ <i>Going down to South Park , gonna leave my woes behind</i> ”.....	138
5.8	“Sabe...aprendi algo hoje” – Sobre a liberdade de expressão artística.....	144
6	CONCLUSÕES.....	148
	REFERÊNCIAS.....	151

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação possui o **objetivo geral** de analisar, à luz do pensamento de Ronald Dworkin, importante filósofo do Direito da contemporaneidade, as controvérsias envolvendo o humor artístico politicamente incorreto, por meio de uma interface com o seriado americano *South Park* e os direitos humanos na democracia liberal, bem como a proteção aos grupos sociais que sofrem opressões em razão de preconceitos sociais.

É preciso salientar que o combate aos discursos de ódio na vida concreta dos cidadãos tem se consolidado no âmbito da conquista e da efetivação dos direitos humanos, sobretudo em relação às minorias, as quais possuem um ônus acrescido à sua existência social plena (Steele, 2011, p. 63 – 64), o que se traduz em condutas, instituições e estruturação social permeadas de discriminações negativas, perseguições formais e/ou informais, silenciamentos estruturais e punições formais ou informais.

Tais custos na convivência em sociedade, ao longo da história, estimulam e continuam estimulando lutas por emancipação e por reconhecimento, performadas, muitas vezes, por enfrentamentos de naturezas cultural, legislativa ou judicial.

Nesse contexto, as comunidades políticas das democracias liberais ocidentais têm enfrentado um persistente desafio que consiste na decisão em se tornarem tolerantes às opiniões e aos discursos que contestam e criticam radicalmente os fundamentos políticos e morais da tendência contemporânea ocidental consistente na proteção à opressão sobre as minorias. Ou, ao contrário, adotarem, por meio de políticas públicas e medidas legislativas, o controle e a punição sobre os agentes que professam discursos com conteúdo tendentes a desafiar os citados valores protetivos perseguidos.

Levando em conta que esse desafio recorrentemente está no pano de fundo das discussões jurídicas, sobretudo no Brasil e na América Latina, e dos embates políticos travados, torna-se necessário estabelecer como ponto de partida um objeto paradigmático o suficiente para expor as divergências de forma suficientemente clara.

Nesse sentido, o caso da série animada norte-americana *South Park* é o exemplo mais emblemático desses focos de tensão, uma vez que se notabiliza por gerar inúmeras controvérsias em razão do teor de crítica ácida de seus episódios direcionados aos valores morais sociais mais tradicionais por meio do escárnio, sendo este último evidenciado e representado pela criação e pelo desenvolvimento de personagens considerados toscos, abjetos e preconceituosos.

Trata-se de uma série em desenho animado na modalidade de comédia de situação, criada por Matt Stone e Trey Parker em 3 de agosto de 1997, nos Estados Unidos e exibida pelo canal *Comedy Central*.

Esta produção artística converteu-se em um dos programas de maior audiência da emissora de televisão (Cuboiana, 2014, p. 24), retratando as aventuras, geralmente absurdas, de quatro crianças, Stan Marsh, Kyle Broflovsky, Kenny McCormick e Eric Cartman.

Todos os quatro são residentes da pequena cidade fictícia de *South Park*, no Estado do Colorado, Estados Unidos da América.

A produção teve uma influência significativa na cultura *pop* e é vista por milhões de pessoas em todo o mundo. Apresenta um humor irreverente da série que, aparentemente, não se leva a sério e afirma que não tem medo de desafiar o *status quo* e realizar uma crítica social mordaz da sociedade em geral, discutindo temas polêmicos e controversos por meio do uso de personagens estereotipados e humor politicamente incorreto.

A partir da interface com a obra e dos argumentos desenvolvidos, este trabalho dissertativo se **justifica**, no plano **teórico**, pela carência na literatura jurídica sobre o tema da liberdade de expressão artística e sua interconexão com a filosofia do Direito, a despeito da relevância judicial que a questão tem alcançado no presente; e, no plano **social**, pelas discussões envolvendo as produções de artes denominadas de politicamente incorretas e o potencial delas de promover ofensas a grupos sociais que já se encontram em desvantagem estrutural.

Portanto, desenha-se o seguinte problema de pesquisa: a partir da teoria liberal de Ronald Dworkin, é possível justificar coerentemente um delineamento específico que responda às divergências jurídicas em torno da liberdade de expressão artística?

Para tanto, a investigação aqui realizada dispôs de pesquisa teórica e qualitativa, de casos jurídicos reais, além de referências ao indicado seriado animado americano para construção de uma interface que conduza a construção de eventuais respostas.

Além disso, adotou-se a **abordagem metodológica da análise de conteúdo bibliográfico e consulta jurisprudencial** para formular a seguinte **hipótese** de pesquisa: a teoria liberal desenvolvida por Ronald Dworkin, que preconiza uma distribuição justa de recursos, emerge como uma resposta mais eficaz nas controvérsias que cercam a liberdade de expressão artística e os discursos de ódio ou preconceito. Essa abordagem visa aprimorar a entrega da justiça, destacando-se da opção pela censura¹ judicial como única e principal alternativa.

¹ Faz-se necessário o esclarecimento de que o termo “censura”, utilizado no presente trabalho, restringe-se à ideia de reprovação com reprimenda, independentemente da justeza do ato em cada contexto.

A aferição da validade da hipótese referida envolverá um **marco teórico** filosófico específico, o pensamento de Dworkin.

Para atingir esse objetivo, a presente pesquisa foi estruturada em elementos essenciais para sustentar a hipótese proposta. Primeiramente, abordou-se o processo filosófico de construção de uma epistemologia moral, conforme delineado por Dworkin ao reinterpretar os escritos de David Hume, especialmente no que concerne à impossibilidade de emitir juízos normativos sobre a realidade física.

Em seguida, explorou-se o desenvolvimento, por Dworkin, de uma teoria jurídica fundamentada em argumentação, em contraste com as abordagens fisicalistas, visando não apenas explicar o Direito, mas também justificá-lo.

A pesquisa também incluiu a apresentação do processo de elaboração da teoria política dworkiniana do liberalismo igualitário, destacando sua continuidade com uma moral e ética específicas. Este processo foi delineado, particularmente, mediante a análise das conclusões decorrentes do diálogo com o filósofo da justiça John Rawls.

Essa análise justifica a coerção oficial em prol da dignidade e igualdade dos seres humanos, culminando na construção de um modelo hipotético de “leilão” para dar forma à versão dworkiniana de justiça distributiva.

Adicionalmente, o trabalho contemplou uma análise da liberdade de expressão artística do ponto de vista dworkiniano. Essa análise envolveu diálogos críticos com as teorias de Thomas Scanlon, Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin e Stanley Fish. Ao final, sustentou-se a pertinência de uma teoria jurídica liberal coesa, capaz de lidar efetivamente com os valores da dignidade humana, proporcionando uma proteção adequada contra a censura estatal em produções artísticas, simultaneamente garantindo a salvaguarda das minorias estruturalmente marginalizadas que se sintam ofendidas.

A dissertação se estrutura em quatro capítulos, quais sejam:

O primeiro capítulo introduzirá o pensamento do jurista Ronald Dworkin por meio de um diálogo com determinados marcos da filosofia do conhecimento, indispensáveis para a compreensão da estruturação do pensamento dworkiniano, representados por René Descartes, John Locke, George Berkeley e David Hume.

Também será apresentada a reinterpretação realizada por Dworkin do pensamento de David Hume, haja vista a fundamentalidade deste para a postura crítica daquele em relação ao fisicalismo jurídico.

Ademais, será mostrado como o ato interpretativo é possibilitador da criação de uma teoria de natureza argumentativa que possibilita a busca pela verdade a respeito das questões

morais, por meio da coerência da argumentação e da respectiva amalgamação na noção fundamental de integridade.

O segundo capítulo abordará os aspectos da passagem das conclusões filosóficas de Ronald Dworkin até a formulação da sua teoria do Direito, bem como principais objeções e críticas do autor ao positivismo jurídico², sobretudo as relacionadas à discricionariedade do intérprete, aos problemas interpretativos e às condições de possibilidade da busca pela verdade ou pela resposta correta a ser realizada pelo intérprete do Direito.

No terceiro capítulo, serão estudadas as bases éticas e filosóficas da teoria política dworkiniana, assim como serão apontados os papéis que essa teoria política desempenha na construção da teoria jurídica interpretativa que compreende os direitos como verdadeiros trunfos a serem erguidos em face das teses utilitaristas.

Além do mais, serão desenvolvidos os raciocínios que levam ao desenho da teoria política do liberalismo igualitário proposto por Dworkin, o qual se deu por meio da influência de Immanuel Kant e do diálogo com o filósofo político contratualista contemporâneo John Rawls, para, ao final, defender a ideia de integridade no Direito, bem como a estrutura composta pelas teses da independência do valor, da unidade do valor e da responsabilidade moral.

O quarto capítulo será dedicado à concretização da proposta dworkiniana por via da aplicação à problemática da liberdade de expressão artística, destacando-se da noção de liberdade de expressão em sentido amplo. Ao mesmo tempo, buscar-se-á enfrentar as objeções mais relevantes, de modo a respondê-las, afastando a incidência destas sobre a específica forma de liberdade objeto de estudo no presente trabalho.

Para tanto, analisar-se-á a produção americana televisiva *South Park*, pelo caráter controverso e reconhecidamente obsceno e caricatural da obra em questão, como amostra da possibilidade de desentranhamento da liberdade voltada à expressão artística em relação às recorrentes contraposições utilizadas nos debates a respeito da liberdade de discurso geral nas democracias ocidentais atuais.

Dessa maneira, de acordo com o exposto acima, será empreendida uma articulação entre o esposado ao longo da dissertação e a análise do paradigma artístico escolhido, traçando e

² A expressão “positivismo jurídico” utilizada no presente trabalho relaciona-se à perspectiva dworkiniana de um modelo de e para um sistema de regras, e a sua noção fundamental é a de que há um teste cabal para o direito no que diz respeito a sua fonte. Assim, caso utilizadas as lições de Castanheira Neves (1993, p. 287 – 294), para o qual as perspectivas jurídicas se dividem em normativistas, jurisprudencialistas e funcionalistas, o “positivismo” tratado na pesquisa como um normativismo formal analítico e baseado em regras. Segundo esta tradição, o direito é um “fenômeno empírico-linguístico” tornado objeto por meio da linguagem prática-prescritiva emanada de uma fonte com poder para exarar imperativos, cabendo à interpretação jurídica uma prática social antes de tudo semântica, cuja fundamentação de eventuais decisões não são necessariamente identificadas com as motivações do intérprete.

estabelecendo conclusões que permitem a promoção de uma maior sofisticação das respostas judiciais dadas às questões atualmente na prestação jurisdicional.

2 COMPREENDENDO DWORKIN: OS ENTREPOSTOS FILOSÓFICOS NECESSÁRIOS E UM DIÁLOGO PERTINENTE COM A QUESTÃO HERMENÊUTICA NA FILOSOFIA

Neste capítulo, será apresentada uma proposta para situar teoricamente o pensamento de Ronald Dworkin por meio de uma introdução a determinados marcos da filosofia do conhecimento, os quais são indispensáveis para uma mais clara compreensão do “interpretativismo” dworkiniano, haja vista a necessidade de diálogo com os próprios paradigmas filosóficos que possibilitaram o desenvolvimento da epistemologia ocidental.

Para tanto, serão objetos de análise e de reflexão, a partir da orientação interpretativa do filósofo Manuel García Morente, as contribuições teóricas de René Descartes em relação à metafísica e à epistemologia.

Logo após, tratar-se-á da passagem do cartesianismo ao empirismo inglês, aqui representados por John Locke, George Berkeley e David Hume, os quais, por sua vez, levam ao campo epistemológico o juízo de probabilidade ao lugar do juízo de certeza.

Também se versará sobre o acirramento do debate em relação às noções de “ideias”, de “impressões” e de “eu”, o que pavimentará o caminho que será trilhado mais tarde pelo positivismo e pelo pragmatismo.

Mais à frente, será apresentada a reinterpretção realizada por Ronald Dworkin do pensamento de David Hume, que foi fundamental para sua postura crítica em relação ao positivismo jurídico³, tributário este do modelo científico fisicalista.

Analisar-se-á, igualmente, a inovadora abordagem dada à famosa “guilhotina de Hume”, argumentação esta que, tradicionalmente, veda a possibilidade de dedução de valores da análise de fatos, o que permitiu ao filósofo americano livrar-se da limitação epistemológica imposta pela corrente positivista e empreender um estudo da noção de verdade da moralidade, sem a necessidade de estabelecer necessária correspondência a elementos do mundo físico.

Em razão disso, serão abordadas as diferenças dadas por Dworkin entre juízos de moralidade e juízos sobre moralidade, bem como entre ceticismo interno e ceticismo externo.

³ Um exemplo a ser dado para clarificar o que se entende aqui por caráter físico de uma espécie de positivismo jurídico é a tese do jurista inglês John Austin (Waluchow, 2015, p. 1893 - 1894), o qual, seguindo a linha hobbesiana, entendia que a soberania é ilimitada e, por isso, as normas jurídicas eram comandos do soberano aos súditos. Assim, este portador da soberania limitava-se àquele apenas por sua própria vontade, que é um elemento físico identificável e representativo a respeito do que se pode identificar como direito.

Estas diferenciações serão fundamentais para as posteriores conclusões a respeito da inexistência da metaética e da impossibilidade do ceticismo externo em relação aos valores.

Depois dessas constatações, será exposta a natureza argumentativa da possibilidade da verdade a respeito das questões morais e se detalhará como a coerência da argumentação interliga os argumentos de modo a se chegar até uma conclusão verdadeira amalgamada na noção de integridade.

Este procedimento será realizado por meio de uma articulação circular, responsável e dotada de continuidade e coerência entre os campos do saber, conforme se deu a elaboração da abordagem sobre epistemologia moral empreendida por Dworkin.

Será também examinada a ideia de que, em termos morais, nota-se a ausência de um ponto “arquimediano”⁴, ou seja, de um marco inicial neutro do qual se possa raciocinar sobre valores, sendo essa conclusão fundamental ao intento desta pesquisa.

Ainda nesta direção, será debatida a reinterpretação de Hume empreendida por Dworkin, a qual defende a desnecessidade e a inadequação da utilização de premissas fisicalistas, pautadas no mundo físico e concreto onde se regem as leis de causalidade, para as abordagens a respeito do mundo moral.

Próximo ao final do presente capítulo, será esclarecido um aspecto do diálogo entre o pensamento dworkiniano e algumas das conclusões da filosofia hermenêutica ocidental, as quais a pesquisa deste presente trabalho compreende como indispensáveis para um entendimento confluyente, embora, a rigor, não necessariamente tributário⁵, a respeito da superação do paradigma sujeito-objeto.

Ademais, serão abordadas, de maneira adequada ao escopo da pesquisa, as concepções fenomenológicas de Edmund Husserl em debate com a teoria cartesiana, bem como a concatenação com algumas contribuições à compreensão do horizonte humano realizadas por Martin Heidegger e o papel não neutro do intérprete em relação ao que é apresentado dentro de determinada tradição.

Por fim, concluir-se-á, propondo-se a necessidade de uma prévia ambientação filosófica que tangencie as tradições diferentes para clarear as noções e permita um entendimento revigorado das críticas realizadas e dos conceitos estabelecidos por Ronald Dworkin.

⁴ Atribui-se a Arquimedes, pensador grego, a frase “Deem-me um ponto de apoio e moverei a Terra” em seu trabalho sobre as alavancas. O termo “ponto arquimediano” é uma metáfora para um lugar “fora da Terra”, ou no caso do estudo da moralidade, fora do âmbito moral.

⁵ Isso com base na posição do professor brasileiro André Coelho, a respeito da existência de uma afinidade epistêmica entre as tradições que, como é sabido, são distintas.

2.1. Do pensamento cartesiano ao “empirismo inglês”

A teoria contemporânea do Direito passou a exigir um treinamento mais especializado e rigoroso em termos filosóficos (Macedo Júnior, 2013, p. 12 - 13), sobretudo após Ronald Dworkin defender a sua tese de que a concepção do direito é interpretativa.

Por esta razão, serão tangenciados alguns momentos da história da filosofia nos aspectos indispensáveis à compreensão do raciocínio utilizado para que o intento desta pesquisa seja alcançado.

Para um melhor exame do desenvolvimento teórico tratado por Dworkin, destacar-se-á, especialmente, o processo de demolição filosófica das pilastras da ciência aristotélica realizada por René Descartes quando da consolidação do paradigma da relação entre o sujeito e o objeto e da procura por certezas, utilizando o método da dúvida, o qual seria capaz de afastar os juízos errôneos que se faz a respeito da realidade das coisas.

Logo após, serão explicados os conceitos e as conclusões fundamentais que os filósofos John Locke, George Berkeley e David Hume tiveram após a revolução cartesiana do pensamento, culminando em abordagens e conclusões céticas, positivistas, pragmáticas e negativas da própria metafísica e das possibilidades do conhecimento.

Isto com o objetivo de defender que a compreensão da ciência do desenvolvimento histórico do pensamento filosófico é indispensável para se tratar com maior completude da base da epistemologia moral desenvolvida por Dworkin utilizada na pesquisa.

2.1.1 As bases cartesianas e o paradigma da relação entre sujeito e objeto

Pode-se começar afirmando que, com o abalo da física e da ciência aristotélicas (Carneiro, p. 29), as guerras religiosas e os encontros culturais proporcionados pelas grandes navegações, as certezas do mundo medieval foram perdidas em razão das dúvidas que foram lançadas sobre os fundamentos do conhecimento humano até então existentes.

Diante disso, o filósofo francês René Descartes, evitando que o ceticismo total prevalecesse na filosofia (Morente, 1930, p. 139), pelos erros que eram evidenciados na tradição ocidental à época (Morente, 1930, p. 30), abraçou a dúvida e, utilizando-se dela, apontou equívocos (Descartes, 1973, p. 10), transformando o ato filosófico de duvidar em um método para alcançar alguma certeza em um mundo de aparentes ilusões⁶.

⁶ Interroga-se Descartes (1973, p. 26), “(...) pois, de onde sabemos que os pensamentos que ocorrem em sonhos são mais falsos do que os outros, se muitos não são amiúde menos vivos e nítidos?”

Afirmava Descartes (1973, p. 23), nos primeiros passos da sua metodologia da dúvida, a qual considerava apta a alcançar conhecimento verdadeiro, que era preciso alcançar as certezas das regras de aritmética (Descartes, 1973, p. 16), a fim de serem tomadas pela filosofia para auxiliar a chegada dos pensadores aos juízos impassíveis de serem contestados, justamente por serem constituídos por deduções lógicas.

Este proceder cartesiano desenvolvia-se da seguinte forma:

Depois, examinado com atenção o que eu era, e vendo que podia supor que não tinha corpo algum e que não havia qualquer mundo, ou qualquer lugar onde eu existisse, mas que nem por isso podia supor que não existia; e que, ao contrário, pelo fato mesmo de eu pensar em duvidar da verdade das outras coisas, seguia-se mui evidente e mui certamente que eu existia; ao passo que, se apenas houvesse cessado de pensar, embora tudo o mais que alguma vez imaginara fosse verdadeiro, já não teria razão alguma de crer que (...) eu tivesse existido; compreendi por aí que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste apenas no pensar, e que, para ser, não necessita de nenhum lugar, nem depende de qualquer coisa material. De sorte que esse eu, isto é, a alma, pela qual sou o que sou, é inteiramente distinta do corpo e, mesmo, que é mais fácil de conhecer do que ele, e, ainda que este nada fosse, ela não deixaria de ser tudo o que é. (...) Depois disso, considerei em geral o que é necessário a uma proposição para ser verdadeira e certa; pois, como acabava de encontrar uma que eu sabia ser exatamente assim, pensei que devia saber também em que consiste essa certeza (...). E, tendo notado que nada há no eu penso, logo existo, que me assegure de que digo a verdade, exceto que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, julguei poder tomar por regra geral (...) que as coisas que concebemos mui clara e mui distintamente são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente (Descartes, 1973, p. 23)

Assim, o pensamento moderno começa a ganhar os contornos dados por Descartes, já que este aponta um suposto problema prévio às tentativas metafísicas⁷ de explicação da realidade: o problema de “como” se promove a aquisição de conhecimento verdadeiro e confiável, ou seja, o problema a respeito da formulação de uma epistemologia ou teoria do conhecimento.

Por conseguinte, a metodologia a ser adotada para investigar o mundo torna-se a questão primordial para pensar corretamente sobre o mundo.

A necessidade de uma nova epistemologia já era também perceptível nos primeiros escritos de Francis Bacon, organizados sob o nome de *Nova Organum*, no qual já esboçavam

⁷ Para Garcia Morente (1930, p. 27), metafísica sob a era aristotélica é “a filosofia primeira”, “a ciência das causas primeiras”, o estudo do “ser enquanto ser geral”, isto é, “o que pode ser afirmado sobre qualquer coisa que existe por causa de sua existência e não por causa de algum atributo que tenha”. Constitui-se o quarto ramo da filosofia, sendo esta também chamada de “ciência total das coisas”, ao lado da lógica, da física e da ética. Mais tarde, a metafísica se consolida como “aquela parte da ontologia que se encaminha a decidir quem existe, ou seja, quem é o ser em si, o ser que não é em outro, que não é redutível a outro; e então os demais seres serão seres nesse ser em si. (...) responde ao problema da existência em si, ou seja, a primeira pergunta” que seria “quem existe?” (Morente, 1930, p. 65)

uma saída para encontrar a epistemologia adequada aos novos propósitos de evitar os erros (Carneiro, p. 32).

Porém, apenas com as obras de Descartes, em especial o livro *Discurso sobre o método* de 1637, uma nova relação entre as coisas e os conhecimentos das coisas se estabeleceu sob bases pretensamente sólidas o suficiente para assegurar a instauração de um paradigma epistemológico.

Isto porque, antes de René Descartes, o entendimento filosófico, com forte base aristotélica, estava pautado na aquisição de conceitos verdadeiros que se ajustassem às coisas, representando uma relação mediata e mediada conceitualmente entre o pensador e o mundo pensado.

A inovação cartesiana, segundo Garcia Morente (1930, p. 140), foi proceder ao afastamento dessa clássica teoria do conhecimento de Aristóteles (Descartes, 1973, p. 47) em razão das enormes aberturas a dúvidas que possui quanto aos conceitos, buscando um conhecimento da coisa sem tal intermediação conceitual, isto é, sem utilizar um dos cânones do aristotelismo.

Assim, em seus estudos, concluiu Descartes que o pensamento humano é o único elemento com condições de oferecer esse contato imediato, sem a necessidade de se “pagar o pedágio conceitual”, ou seja, sem se recorrer a um conceito.

Este último foi considerado por Descartes como o único objeto ou único elemento capaz de se apresentar sem intermediários e evitando ruídos conceituais geradores de dúvidas, pois todas as situações ou todos os objetos sobre os quais se pensa, a partir do aristotelismo, têm o próprio pensamento como entreposto necessário, o que, por si só, já abre uma margem para o erro, o qual se basearia na eventual não correspondência entre o pensamento e a coisa pensada, ou seja, numa ilusão.

Assim, o edifício cartesiano começa com a constatação de que, ao ter um pensamento sobre o próprio pensamento, em aderência completa e indubitável, possibilita-se a construção de um juízo de certeza, com o qual pode se começar, finalmente, a filosofar.

Ao responder, então, às questões metafísicas sobre “o que é que existe?” e “quem existe?”, diz que há o pensamento e, por conseguinte, deduz-se que existe quem está pensando (Morente, 1930, p. 140).

Dessa maneira, inaugura-se a conhecida dicotomia entre sujeito/objeto, apartados de qualquer coincidência: o pensamento passa a representar o sujeito em sua subjetividade ou em sua atividade mental própria, buscando uma forma correta de acessar o mundo exterior, a extensão ou a matéria que se apresenta diante desse mesmo sujeito, isto é, como objeto.

A epistemologia, neste caso, pode ser compreendida como uma ferramenta do sujeito, como um método para que as ilusões, os enganos e os particularismos subjetivos sejam clarificados, evidenciados e eliminados, visando a uma apreensão real dos objetos, que são passíveis de dúvidas simplesmente porque são intermediados pelo pensamento, isto é, porque são derivados e não primários.

Assim, o conhecimento como fenômeno (Morente, 1930, p. 147), ou seja, como um fato isolado e destacado da realidade, da historicidade, das relações particulares (Morente, 1930, p. 140-141), passa a ser descrito como composto por dois elementos: sujeito e objeto.

Há, nesse sentido, o sujeito cognoscente, o qual lança sua atenção ao objeto a ser conhecido, numa dualidade estrutural erigida na diferença, que forma essa mesma dualidade, a qual, por sua vez, é integrada justamente pela relação estabelecida.

Relação esta que é correlação (Morente, 1930, p. 147), porque, entre idas e vindas, nas quais o sujeito é sempre o sujeito para o objeto e o objeto é objeto para o sujeito, há uma conseqüente impossibilidade de fazer sentido o pensamento isolado de algum elemento desta dicotomia⁸.

Decorrência disto também é a constatação de que, diante da irreversibilidade desta correlação, condutas são esperadas do sujeito, condutas estas que o ultrapassem e partam em direção ao objeto.

Essa postura de captação ou de apossamento do objeto se dá por meio do pensamento do sujeito, que é também abalado ou perturbado pelo objeto (Morente, 1930, p. 148).

O pensamento, assim, é o terceiro elemento, que permite ao sujeito acessar as propriedades do objeto em razão de as incorporar quando diante deste, ainda que se trate de objetos ideais, como um triângulo ou um retângulo.

Isso revela uma situação na qual o objeto é transcendente ao sujeito (Morente, 1930, 148), ou, em outras palavras, significa que o objeto pode sair de si mesmo ou de sua existência física para um outro nível de existência, chamado de metafísico, até o sujeito, por meio do processo de conhecimento.

Embora o objeto não dependa deste processo para que exista, ele só é considerado objeto quando inserido na correlação em que é conhecido (Descartes, 1973, p. 25).

Desse modo, o conhecimento verdadeiro buscado por Descartes é advindo, como já foi dito, da concordância entre o pensamento formado pelo sujeito com o objeto, não como um

⁸ Um exemplo ilustrativo dado por Garcia Morente é o pensamento do lado direito e do lado esquerdo. Ambos são correlativos, afinal, não há como pensar a noção de direita sem pensar a noção de esquerda.

critério da verdade, mas como uma própria descrição do que é verdade (Morente, 1930, p. 149), negando ao conhecimento falso a qualificação de ser considerado conhecimento.

Por essa razão, a epistemologia é o grande campo de estudo dos maiores filósofos do mundo moderno⁹, pois, ao mesmo tempo em que funciona como teoria criteriológica e metodológica da busca do conhecimento verdadeiro em um oceano de conhecimentos falsos, é definidora da verdade, ou seja, do que é um verdadeiro conhecimento¹⁰.

Com esta breve síntese do paradigma cartesiano, verifica-se a superação de um dos principais marcos que promoveram a substituição da “forma ingênua” de conhecimento como afirma Morente (1930, p. 143), comum nos primórdios intelectuais gregos¹¹, de lançar-se e se atirar sobre o ser das coisas em busca do saber.

Indaga-se, a partir daí, sobre o que seria o “ser”, isto por uma necessidade de realizar um expediente prévio para esclarecer qual o caminho pelo qual se chega a tais coisas, condicionando ou mesmo reduzindo a metafísica à epistemologia, também acarretando a fixação, muitas vezes dogmática, do paradigma dicotômico do sujeito cognoscente e do objeto conhecido.

Nesse proceder, o idealismo firmou-se como uma postura artificial contraposta à espontaneidade do realismo grego (Morente, 1930, p. 168 – 169) e que organizava o entendimento com um juízo voluntário a respeito do que pode ser verdadeiro e do que pode ser falso.

Enquanto o realismo espontâneo dos gregos antigos¹² entendia o conhecimento como algo que emana da coisa da realidade, o idealismo que começava a se desenhar na estrutura filosófica cartesiana possuía uma seta indicativa que girou para o “eu cognoscente”, como uma parada obrigatória antes de atingir a própria coisa, a qual poderá vir a ser definida como realidade.

Por isso, a afirmação cartesiana (Descartes, 1973, p. 13) de que existem pensamentos, portanto um “eu pensante”, que coisificam o próprio pensamento, igualando o método ao objeto

⁹ A filosofia cartesiana terá diversos impactos, que, segundo Garcia Morente, podem se dividir em dois agrupamentos mais relevantes, quais sejam: os investigadores de soluções psicológicas, no tocante às operações que a “alma” humana realiza no contato com o exterior, tal como David Hume e outros britânicos; e os logicistas, que acreditam em condicionantes lógicos do pensamento, sintetizando o contato das pessoas com a realidade, como Immanuel Kant.

¹⁰ Assemelhando-se à figura grega do *Ouroboros*, uma cobra ou um dragão que consome a própria cauda, ou, como será mais tarde dito, que “fecha o sistema”.

¹¹ Essa atitude “normal” ou “natural” consiste em, quando os seres humanos se dão conta de sua própria existência, supor que as suas faculdades permitem concluir que as coisas ao redor existem (Morente, 1930, p. 167).

¹² Posteriormente a Descartes, também poderá ser verificado em certa medida dos empiristas que logo serão estudados mais à frente neste trabalho.

e assentando uma base construída pelo ato de duvidar de tudo que se apresenta, exceto o próprio pensamento autoevidente.

Essa base é julgada segura para deduções porque afasta o “gênio maligno” ilusório da realidade que pode estar presente fora de pensamentos.

Ademais, verifica-se uma mudança de consideração quanto à inteligibilidade das coisas (Morente, 1930, p. 171), que antes estavam, por existirem, abertas, bem como eram consideradas inteligíveis, para se transformarem em fonte de dúvida.

Com a mudança de paradigma, o “ser pensante”, qual seja, o sujeito, convertendo a sua forma de pensar as coisas (Descartes, 1973, p. 11), ou seja, os seus pensamentos em objeto, abre-se à inteligibilidade de si mesmo pela certeza da correspondência do pensamento em relação ao pensamento que teve.

Porém, por ser uma “consciência continente”, isto é, por ter sua qualificação de sujeito justificada exatamente por pensar sobre alguma coisa, torna-se um ser não meramente inteligível, mas inteligente.

Por fim, essas conclusões resultaram na abertura de espaço para a negação da própria metafísica realizada pelos empiristas, o que acarretou, conforme será tratado mais adiante, a adoção de concepções antimetafísicas no âmbito das teorias jurídicas.

Estas últimas tornaram-se, posteriormente, alvos das críticas de Ronald Dworkin¹³ na construção da sua teoria interpretativa do direito e demais conceitos interpretativos, como a liberdade, a igualdade e a democracia.

Assim sendo, com o assentamento das bases teóricas por meio da introdução ao solo filosófico de onde germinaram, apontar-se-á como a estrutura teórica dworkiniana se dispõe a enfrentar estas questões.

2.1.2 O empirismo inglês ao “positivismo metafísico”

Após o declínio de prestígio da visão de mundo aristotélica, John Locke, filósofo inglês, apoiado nas conclusões cartesianas, entendeu que, sendo o problema metafísico um problema do conhecimento (Morente, 1930, p. 180), a determinação do alcance do entendimento humano apontará os limites de possibilidade da própria metafísica (Locke, 1973, p. 145).

¹³ Como será demonstrado, uma parte significativa das controvérsias jusfilosóficas às quais Dworkin intenta responder envolve noções disputáveis dentro da teoria jurídica, como a noção de “liberdade”.

Locke afirmou que o conhecimento é formado por ideias (Morente, 1930, p. 180), estas no sentido de *cogitatio* cartesiano¹⁴, isto é, de pensamentos ou fenômenos psíquicos como sensações, proposições, afirmações ou qualquer vivência psiquicamente expressada.

Explorando essa separação e sem negar a metafísica cartesiana, Locke (1973, p. 297) avalia que o passo realizado por Descartes, isto é, o de tomar o pensamento como objeto do pensamento, construindo a base para o verdadeiro conhecimento, pode acarretar a igualação dos conhecimentos aos fenômenos psicológicos, sem, no entanto, fornecer, na avaliação ontológica decorrente¹⁵, a possibilidade de afastar caracteres que não estão no objeto, mas são detectados pelo sujeito em contato com o objeto, uma vez que, para o filósofo inglês, “os mundos intelectual e sensível são (...) perfeitamente iguais” (Locke, 1973, p. 288).

Então, no desenvolvimento de sua teoria, entendeu que o caminho mais depurado para que os elementos psicológicos sejam avaliados ontologicamente (Morente, 1930, p. 182 – 183) é a compreensão de onde vêm as ideias formadas na mente humana.

A partir desta análise, o pensador inglês encontrou duas fontes que podem ser combinadas: as sensações que provocam modificações mentais pelos sentidos e as reflexões que seriam a percepção do que ocorre na alma enquanto experiência interna (Locke, 1973, p. 165).

Ambas as fontes pressupõem uma experiência prévia que as nutre¹⁶, de modo que as ideias inatas apontadas por Descartes ficam sem uma fonte explicada, o que leva a uma especulação a respeito da “tábula rasa” (Morente, 1930, p. 181) e permitiu a Locke (1973, p. 187) esboçar o Empirismo como a verdadeira forma de aquisição de conhecimento.

¹⁴ Descartes, de acordo com Morente (1930, p. 181), havia separado o *cogitatio*, ou as ideias para Locke, em três categorias, quais sejam: as adventícias, como aquelas que recaem sobre as pessoas como presença do mundo externo; as fictícias, como as criadas pela capacidade imaginativa; e, por fim, as inatas, que seriam as cravadas na alma antes da experimentação do mundo e do exercício da imaginação, como Deus e a extensão. Sendo esta última categoria objeto de crítica pelo filósofo inglês (Locke, 1973, p. 160).

¹⁵ Afirma Locke (1973, p. 320) que “o conhecimento de qualquer outra coisa, podemos ter apenas sensação; pois, não havendo conexão necessária da existência real com qualquer ideia que um homem tem em sua memória, nem de qualquer outra existência exceto a de Deus como a existência de qualquer homem particular, nenhum homem particular pode conhecer a existência de qualquer outro ser, mas apenas quando, por operação real sobre ele, toma a si mesmo percebido por ele. Com efeito, ter a ideia de qualquer coisa em nossa mente não prova a existência desta coisa, do mesmo modo que o retrato de um homem evidencia seu ser no mundo, ou que as visões de um sonhador fazem disto uma história verdadeira.”

¹⁶ Segundo Hume (2013, p. 20), “(...) se ocorre que o defeito de um órgão prive uma pessoa de uma classe de sensação, notamos que ela tem a mesma incapacidade para formar ideias correspondentes. Assim, um cego não pode ter noção das cores nem um surdo dos sons. Restaurai a um deles um dos sentidos de que carecem: ao abrires as portas às sensações, possibilitais também a entrada das ideias, e a pessoa não terá mais dificuldade para conceber aqueles objetos.”

Este pensamento empirista coloca muito peso na experiência¹⁷ em oposição à “pura razão”, já que percebe que as ideias são como obras do que se sente e se experimenta, ou, em outras palavras, que as ideias constituem cópias das impressões e, sem estas últimas, não são sequer descobertas.

Essa conclusão levou, no campo epistemológico, à substituição do juízo de certeza por um juízo de probabilidade (Hume, 2013, p. 35), pautado muito mais no indutivismo que no mero “dedutivismo” cartesiano.

O raciocínio de Locke caminhou ao extremismo da abordagem epistemológica psicológica por meio de outro filósofo, o irlandês George Berkeley, que retirou a materialidade do mundo, presumida em Locke, para alimentar as ideias, resumindo-o a vivências e a percepções.

Segundo Berkeley (1973, p. 19),

(...) ao lado da infinita variedade de ideias ou objetos do conhecimento há alguma coisa que os conhece ou percebe, e realiza diversas operações como querer, imaginar, recordar, a respeito deles. Este percipiente, ser ativo, é o que chamo mente, espírito, alma ou eu. Por estas palavras não designo alguma de minhas ideias, mas alguma coisa distinta delas e onde elas existem, ou o que é o mesmo, por que são percebidas; porque a existência de uma ideia consiste em ser percebida. Todos concordarão que nem os pensamentos, nem as paixões, nem as ideias formadas pela imaginação existem sem o espírito; e não parece menos evidente que as várias sensações ou ideias impressas nos sentidos, ligadas ou combinadas de qualquer modo (isto é, sejam quais forem os objetos que compõem), só podem existir em um espírito que as percebe.

De modo que, como diz García Morente (1930, p. 184), “tudo que não aparece nestas não se tem sequer notícia, quanto mais se cogita seu ser”.

A defesa da ideia de que os problemas “ontológico” e “metafísico”, ou seja, sobre “o que é o ser?” e “o que é existir?”, são de natureza psicológica justifica-se pelo fato de que, se aqueles problemas se dão pela percepção (e esta é uma afetação do estado psicológico), então, pode-se concluir que é dispensável a necessidade de um apoio substantivo de correspondência em relação ao objeto em uma realidade externa.

Porém, a despeito das conclusões psicologizantes da teoria do conhecimento, Berkeley (Morente, 1930, p. 184) continua com a herança cartesiana porque, apesar das inovações, permanece o sujeito como “uma coisa que pensa em suas vivências”, as quais, apesar de serem subjetivas, e mesmo imateriais, ou meramente psicológicas, dispensam correspondência

¹⁷ De acordo com o pensamento lockeano, a capacidade de conhecer é “inata”, porém o conhecimento é, pela experiência, “adquirido” (Locke, 1973, p. 152).

exterior, pois seriam projetadas por um Deus que é um espírito em relação a um sujeito que as vive¹⁸.

Após as considerações de Locke e Berkeley, o ápice desse debate pós-Descartes se dá com a retirada de tudo que era considerado metafísico na filosofia, atividade empreendida pelos primeiros empiristas ingleses e especialmente realizada pelo filósofo escocês David Hume.

Hume nomeia de “impressões” tudo aquilo que é dado ao conhecimento, como “fenômenos psíquicos atuais” e “as vivências de apresentação atuais” (Morente, 1930, p. 186), de modo a considerar estes como as verdadeiras fontes das ideias.

Assim, uma vez que se tivesse por ausente a impressão, ausente estaria também a realidade da ideia.

Afirmou o pensador escocês, a respeito das sensações e reflexões, que,

[...] se analisamos nossos pensamentos ou ideias, por mais compostos ou sublimes que sejam, sempre verificamos que se reduzem a ideias tão simples como eram as cópias de sensações precedentes. Mesmo as ideias que, à primeira vista, parecem mais distantes desta origem mostram-se, sob um escrutínio minucioso, derivadas dela. A ideia de Deus, significando o Ser infinitamente inteligente, sábio e bom, nasce da reflexão sobre as operações de nosso próprio espírito, quando aumentamos indefinidamente as qualidades de bondade e de sabedoria. Podemos continuar esta investigação até a extensão que quisermos, e acharemos sempre que cada ideia que examinamos é cópia de uma impressão semelhante. Aqueles que dizem que esta afirmação não é universalmente verdadeira, nem sem exceção, têm apenas um método, e em verdade fácil, para refutá-la: mostrar uma ideia que, em sua opinião, não deriva desta fonte. Incumbir-nos-ia então, se quiséssemos preservar nossa doutrina, de mostrar a impressão ou percepção mais viva que lhe corresponde (Hume, 2013, p. 19-20).

Logo, a verificação das ideias deve ser realizada por meio da localização da impressão que as produziu, ou, como sugere Hume (2013, p. 134):

Podemos, pois, dividir aqui todas as percepções da mente em duas classes ou espécies, as quais se distinguem pelos seus diferentes graus de força ou vivacidade. As menos fortes ou vivazes são comumente denominadas pensamentos ou ideias. A outra espécie não tem nome em nossa língua, como em muitas outras, suponho que por não ser necessário para nenhum fim que não fosse filosófico o incluí-las sob um termo ou designação geral. Tomemos, pois, uma pequena liberdade e chamemo-las impressões, usando a palavra num sentido algo diferente do usual. Pelo termo impressão entendo todas as nossas percepções mais vivazes, quando ouvimos, vemos, sentimos, amamos,

¹⁸ Nos dizeres de Berkeley (1973, p. 25), “(...) as ideias impressas nos sentidos pelo Autor da natureza chamam-se *objetos reais*; e as excitadas na imaginação, por menos regulares, vivas e constantes, designam-se mais propriamente por *ideias* ou *imagens* de coisas que copiam ou representam. Mas as nossas sensações, embora nunca fossem vivas e claras, são, no entanto, ideias, isto é, existem no espírito ou são por ele percebidas como as que ele mesmo forma. Às ideias dos sentidos atribui-se realidade maior, por mais fortes, ordenadas e coerentes do que as criadas pelo espírito; isso não prova existam fora dele. São também menos dependentes do espírito ou substância pensante que as percebe porque as provoca a vontade de um espírito mais poderoso; mas são *ideias* e nenhuma ideia forte ou fraca pode existir senão no espírito que a percebe.”

odiamos, desejamos ou queremos. E as impressões distinguem-se das ideias, que são as impressões menos vivazes das quais temos consciência quando refletimos sobre qualquer dessas sensações ou movimentos acima mencionados.

Por esse raciocínio de Hume (2013, p. 135), as ideias dos indivíduos seriam “impressões relembradas”, ou seja, uma correspondência¹⁹ de uma ideia com determinado momento de percepção²⁰, sendo aquela produzida como uma cópia desta.

Disso decorrerá o esfacelamento da própria intuição fundamental do “Eu” cartesiano incorporado nos empiristas Locke e Berkeley (Morente, 1930, p. 188), porque, apesar de as pessoas reconhecerem as vivências como suas, esse constructo do “eu” não procede de nenhuma impressão, sendo um constructo ideal fictício.

Não havendo experiência que corresponda à concepção psicológica do “eu”, essa ideia é fruto tão somente da habitualidade ou da associação de ideias (Morente, 1930, p. 188), que, enquanto fenômeno psicológico enquadrado nas vivências, não possui uma impressão que lhe deu efeito (Scruton, 1982, p. 129).

Estas conclusões de Hume (2013, p. 135) se aplicarão às ideias de Deus, substâncias, causalidade, existência, entre outras.

Assim, a teologia e a própria metafísica não seriam possíveis, uma vez afastada a existência de substâncias externas ou internas não correspondentes a impressões, de maneira a restar ao ato de “conhecer” apenas um conjunto de vivências que foram disponibilizadas.

Por isso, o que sobraria seroia somente a crença no mundo exterior, já que a metafísica não vem aos seres humanos como impressão (Morente, 1930, p. 189), mas como uma construção irreal, dado que não pautada em impressões.

Assim, o empirismo inglês culminou na negação da problemática metafísica ou na abordagem cética, já que, em Hume, a construção da ciência usa como tijolos os hábitos, os

¹⁹ Em relação à investigação filosófica adequada, o filósofo escocês (Hume, 1973, p. 136) leciona que “podemos, pois, dividir aqui todas as percepções da mente em duas classes ou espécies, as quais se distinguem pelos seus diferentes graus de força ou vivacidade. As menos fortes ou vivazes são comumente denominadas *pensamentos* ou *ideias*. A outra espécie não tem nome em nossa língua, como em muitas outras, suponho que por não ser necessário para nenhum fim que não fosse filosófico o incluí-las sob um termo ou designação geral. Tomemos, pois, uma pequena liberdade e chamemo-las *impressões*, usando a palavra num sentido algo diferente do usual. Pelo termo *impressão* entendo todas as nossas percepções mais vivazes, quando ouvimos, vemos, sentimos, amamos, odiamos, desejamos ou queremos. E as impressões distinguem-se das ideias, que são as impressões menos vivazes das quais temos consciência quando refletimos sobre qualquer dessas sensações ou movimentos acima mencionados.”

²⁰ Um exemplo seria a análise de uma cor, como a verde. Alguém teve a impressão do verde na experiência. Depois que para de perceber esta cor, não mais tem uma impressão do verde, mas pode lembrá-lo ou imaginá-lo. A isto se chama “ideia em Hume” (Morente, 1930, p. 186).

costumes e as regularidades, os quais provocam as crenças, dentre estas, a de que experiências passadas são aplicáveis ao futuro²¹, sem haver espaço para concepções apodíticas.

Ou nas próprias palavras de David Hume (2013, p. 42),

(...) se os argumentos nos levarem a confiar na experiência e fazê-la padrão de nosso juízo futuro, deveremos considerá-los apenas prováveis, isto é, referentes às questões de fato e de existência real (...) Temos dito que todos os argumentos referentes à existência se fundam na relação de causa e efeito; que nosso conhecimento daquela relação provém inteiramente da experiência; e que todas as nossas conclusões experimentais decorrem da suposição que o futuro estará em conformidade com o passado. Portanto, tentar provar a última conjetura, por argumentos prováveis, por argumentos referentes à existência, consiste, certamente, em girar num círculo e dar por admitido o que precisamente se problematiza. Em verdade, todos os argumentos derivados da experiência se fundam na semelhança que constatamos entre objetos naturais e que nos induz a esperar efeitos semelhantes àqueles que temos visto resultar de tais objetos.

De acordo com García Morente (1930, p. 190), no raciocínio acima esposado, residem os primeiros ensaios das concepções de verdade, imbricadas ao perceptível e ao dotado de executividade, presentes no positivismo e no pragmatismo posteriores que se seguiram segundo a historiografia filosófica.

O retorno ligeiro ao modo como os empiristas destruíram a ideia de “coisas em si mesmas” acima esboçado é imprescindível para a compreensão filosófica prévia que, no âmbito jurídico, influenciou determinadas correntes jusfilosóficas contra as quais se levantou Ronald Dworkin²², e, a partir da reinterpretação do processo aqui desenvolvido o autor norte-americano começou a fundar seu pensamento de teoria do direito.

2.2 As bases da epistemologia moral em Ronald Dworkin

Conforme anteriormente indicado, este tópico tratará do desenvolvimento por Ronald Dworkin, dos fundamentos e das condições de possibilidade de se perseguir, no campo da moralidade, juízos de verdade com os quais se possa orientar as áreas do conhecimento voltadas às humanidades.

A releitura empreendida por Dworkin do ceticismo de David Hume permitiu ao autor americano desvencilhar-se nos estudos de moralidade da contumaz exigência, voltada para a

²¹ Constitui o famoso ceticismo de Hume (2000, p. 509) quanto à indução, o que inclui a noção de que do “ser” não se induz o “dever-ser” presente no *Tratado sobre a natureza humana* que, no próximo tópico, será mais bem compreendido, com vistas à elucidação de uma base fundamental para o pensamento de Dworkin.

²² Em especial, o positivismo e o pragmatismo jurídicos.

constatação da noção de verdadeiro neste âmbito, de correspondência física das conclusões morais que eram pleiteadas como moralmente corretas.

De início, convém recordar que Hume (2000, p. 503) afirmava que nenhum filósofo foi capaz de demonstrar que a concepção de “virtude”, por exemplo, veio por vias racionais, uma vez que somente por meio destas se deveria retirar a noção de correspondência, tal como ocorria nos conhecimentos relacionados à geometria e à matemática.

Isto porque, conforme postulava Hume (2000, p. 498-499), a moralidade impulsionaria ações e paixões, enquanto a razão seria inapta para afetar as decisões de ação moral e de afeto porque, na realidade, prestar-se-ia a realizar o juízo do que é verdade e do que é falsidade com base na correspondência, seja de ideias com outras ideias ou inferências a respeito de “fatos reais”, e não para avaliar o mérito da conduta moral.

Assim, restaria à razão apenas influenciar as condutas verdadeiramente orientadas pelas paixões e pelos afetos por meio da informação de algo que seja objeto da paixão ou pela elucidação de uma conexão causal entre este objeto e os meios para empreendê-lo.

Comparando o parricídio com o consumo de uma árvore por um broto que dela foi originado, apesar de que, em ambas, a existência da “prole” é causa da destruição do sujeito inicial, Hume (2000, p. 506-507) apontou que a situação primeira envolve a vontade da qual deriva a ação destruidora, que é também realizada na segunda situação. Porém, o que determinou a morte do genitor pelo filho foi uma vontade no exercício da escolha, enquanto o broto a realiza por força das leis da matéria.

Em outros termos, sua conclusão é de que, apesar de as relações estabelecidas serem as mesmas, como a razão pode descobrir, as causas são distintas, e o juízo moral recai apenas sobre uma delas, qual seja, a de causa volitiva.

Concluiu a respeito, afirmando:

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. (HUME, 2000, p. 509)

Diante desse importante paradigma epistemológico inaugurado, Dworkin, em vez de encarar a ausência de solo físico apto a germinar conceitos morais como uma limitação que

levaria à consagração do ceticismo a respeito de valores, como convencionalmente se conclui, propôs que o caráter limitante da conclusão de Hume é, na verdade, um marcador de independência epistemológica da moralidade em relação ao mundo natural, o qual teria por característica própria e delimitadora ser um objeto de considerações físicas aferíveis.

A partir disso, Dworkin desenvolverá a separação do ceticismo, desdobrado em externo e em interno.

Aliás, avaliará este último como fator fundamental para o avanço e o desenvolvimento das discussões morais e o primeiro como um ponto inalcançável, isto pelo fato de entender que o pensamento humano seria incapaz de se situar fora de considerações morais ou em uma espécie de “ponto arquimediano” da moralidade, que permitiria discorrer a respeito desta sem realizar escolhas que naturalmente turvem a pretensa neutralidade inicial (Dworkin, 2012, p. 28).

Para aprofundar, nesta tese dworkiniana, é salutar a realização de um diálogo com o filósofo Thomas Nagel (2005, p. 254), defensor da ideia de que os sujeitos estão tão imersos nos condicionantes de aferição das suas experiências que sequer, na maioria das vezes, conjecturam a respeito do próprio modo de apreensão da realidade como limitação inicial ao conhecimento.

Posteriormente, será também objeto de debate, como se verá mais detidamente nos próximos tópicos, a ideia de que, em razão desse caráter independente da moral defendida por Dworkin, o conhecimento deste campo do saber, diversamente do que ocorre em relação às ciências naturais, terá seu caráter de objetividade possível ser aferido na seara argumentativa.

Esta aferição será orientada por uma noção de integridade responsável por interligar com continuidade as disciplinas das áreas humanas, ou “morais”, como a ética, a política, o direito, entre outras.

2.2.1 Dworkin, a reinterpretação de Hume e o ceticismo

Como já indicado preliminarmente, Ronald Dworkin propôs uma reinterpretação da tese de David Hume em relação ao que corresponde à concepção de verdade, sobretudo moral, ou, em outras palavras, em referência à adoção da postura cética como a mais prudente no que concerne às ideias que não derivam das impressões, as quais se constituiriam apenas como frutos de uma crença na habitualidade.

Propõe o autor americano que, a respeito da questão moral (Dworkin, 2012, p. 29), o apontado ceticismo tem o efeito, até então não detectado, de declarar a independência da

moralidade do controle epistemológico oriundo da padronização de conhecimento de origem na epistemologia iluminista²³ ou “fiscalista” (Macedo Júnior, 2013, p. 73).

Assim sendo, o que, para a ciência “fiscalista”²⁴, significaria a implosão epistêmica de um mundo voltado a um juízo de certeza, porque da regularidade só se poderia extrair uma crença, no âmbito moral, esta reflexão, na realidade, representa o reconhecimento dos próprios termos morais, sobre os quais o conhecimento moral se desenvolverá e se justificará.

Portanto, qualquer negação do caráter de verdade de uma asserção moral será, inescapavelmente, uma consideração epistemológica e, ao mesmo tempo, uma asserção substantiva a respeito de moralidade (Dworkin, 2012, p. 24).

Logo, qualquer juízo que aponte a veracidade ou a falsidade de uma proposição moral será uma disputa, dentro da moralidade, em torno do melhor juízo moral²⁵, e tal disputa só poderá ser resolvida de uma maneira particular, que é a forma argumentativa, ante a ausência de “fatos brutos” ou “físicos” para os quais se remetam, inclusive, por conta da “guilhotina de Hume”, que impede esta remissão.

Este tipo de “método” se opõe às metodologias que partem da visão fiscalista de mundo, para a qual são reais apenas a matéria e a energia verificáveis fisicamente (Macedo Júnior, p. 67, 2013), com base ainda nos esquemas de conhecimento erigidos pelos pressupostos filosóficos representacionistas da dualidade sujeito e objeto.

Dessa maneira, a grande contribuição de Dworkin nesta reinterpretação elaborada para o campo das “ciências humanas” foi evidenciar a contradição dos que pleiteiam para a verdade moral algum fundamento no mundo físico.

Isto significa que a impossibilidade de derivação de Hume, do “ser” para o “dever-ser”, não interdita o pensamento sobre moralidade, legando-a ao ceticismo, justamente porque este, ao atacar os fundamentos epistemológicos da própria ciência, concebida de forma fiscalista, transformando os juízos de certeza em juízos de probabilidade futura, ataca as estruturas de apreensão dos “fatos brutos”, “despachantes”, até então do valor de verdade, de que se serve o fiscalismo.

Por conseguinte, o pensamento de Hume é um desafio a cargo da perspectiva fiscalista, e, se este modo de compreensão naturalista do mundo rejeita a possibilidade de um

²³ Epistemologia iluminista como ideia de que só se pode garantir a verdade demonstrando que as asserções são “produto da razão irresistível, como a matemática, ou o efeito do impacto do mundo natural sobre nossos cérebros, como as descobertas empíricas das emergentes, mas já impressionantes, ciências naturais” (Dworkin, 2012, p. 28).

²⁴ Fiscalismo aqui se entenda como uma busca pela conciliação dos conceitos da moralidade e do Direito a seus correspondentes em fatos brutos (Macedo Júnior, 2013, p. 73).

²⁵ Como afirma Dworkin (2012, p. 139), “uma opinião cética mais não é do que uma interpretação diferente.”

conhecimento moral aferível fisicamente, é a discussão sobre a verdade em termos morais que se livra de um ônus pertencente, na realidade, à perspectiva física, uma vez que esta, não acolhendo o debate sobre moralidade em seu interior, busca contraditoriamente compartilhar com a filosofia moral, somente a fim de que esta seja negada como conhecimento verdadeiro.

Antes de apresentar a forma como esse dualismo foi questionado, o que influencia direta ou indiretamente o entendimento das teses dworkinianas, o tema da verdade moral, na teoria deste autor, será objeto de análise preliminar em benefício de uma melhor sistematicidade da argumentação até agora desenvolvida e também de uma operacionalidade da reinterpretação de Hume esposada.

2.2.2 Da possibilidade de uma verdade moral

Inicialmente, antes da inquirição a respeito do caráter de verdadeiro de determinados juízos morais, é preciso recapitular brevemente a diferenciação que Dworkin (2012, p. 335) estabelece entre a ética e a moral²⁶, sendo aquela o estudo da maneira como as pessoas gerenciam a responsabilidade de se viver bem, e a última, uma investigação eminentemente política a respeito do que cada indivíduo deve às demais pessoas.

A partir dessa divisão didática sumária destacada, conclui o autor americano que a independência ética terá como nascedouro o princípio da responsabilidade pessoal (Dworkin, 2012, p. 16), e a natureza dessa responsabilidade da pessoa com a ética é a do viver bem, uma vez que o ser humano, como único animal consciente do fim da vida, situação que Dworkin

²⁶ Cabe salientar que, entre os conceitos de “ética” e “moral”, residem muitas controvérsias filosóficas, sobretudo em razão da etimologia. Sobre o tema, convém trazer as lições de Antônio Sá da Silva (2023, p. 283), para o qual “(...) nesse sentido a própria gramática da ética parece bastante promissora, pois, de acordo com Lima Vaz, o termo ‘ética’, no sentido cultural que hoje utilizamos, nasceu daquela diferenciação, feita por Aristóteles, entre o seu significado original como a ‘morada de um animal’ e o que veio a ter como a constância do comportamento (código de vida) de um determinado grupo de indivíduos (o que na verdade é uma transposição metafórica que resulta do primeiro esforço de reconciliação dos dois termos); desse modo, no primeiro caso, vinha grafado com ‘ita’ na inicial (ἦθος, *ethos*), designando a casa de cada espécie de animal não humano, visando proteger do desconforto que está à volta e da própria ameaça que esse ambiente oferece à integridade desse vivente e à segurança de sua família; no segundo caso, vinha grafado com ‘*epsilon*’ (ἔθος) na inicial e indicava os hábitos socialmente desenvolvidos para uma vida civilizada. Nestes termos o distinto filósofo brasileiro apontou o acrítico e infrutífero confronto entre ‘ética’ e ‘moral’ que alguns buscam fazer, considerando que a rigor são somente grafias distintas para o mesmo significado, a grega citada e a latina, decorrente da tradução primeira como *mos*, depois *mores*, depois ainda *moralis*, resultando no vernáculo como ‘moral’; o autor ainda destaca, da construção linguística do termo, a diferenciação, esta sim indispensável e já feita na Idade Média: aquela entre ‘ética’ grafada com inicial minúscula, referindo-se àqueles costumes consagrados socialmente, e ‘Ética’ grafada com inicial maiúscula, referindo-se à disciplina acadêmica que se ocupa do estudo daqueles hábitos e costumes de uma dada comunidade, visando atingir aqueles fins que Aristóteles em primeira hora enunciou.”

(2012, p. 25) reconhece como “aparentemente absurda”, poderá dimensionar o valor do “viver”, representado dimensionando-se também o advérbio “bem”, que acompanha o referido verbo.

Em outras palavras, o acompanhante verbal constitui-se num valor, porque será promovida uma avaliação a respeito do dever-ser do “viver”, ao qual se deve chegar para atingir o propósito da ética, que, por sua vez, é de viver bem, ou seja, de que o processo da vida se desenvolva “bem”²⁷.

Logo, pensar eticamente significa, em Dworkin (2012, p. 199), desenvolver uma inquirição a respeito de padrões de definição do que é viver bem, os quais passarão a orientar a atividade interpretativa sobre os conceitos morais, ou, dito de outra maneira, a investigação a respeito da “bondade”, que tem a “vida boa” (Dworkin, 1993, p. 21).

Portanto, haverá, neste sentido, dois tipos de razões para direcionar a vida das pessoas (Dworkin, 2003b, p. 283-284), quais sejam, a razão que segue os interesses experienciais ou volitivos que se traduzem em gostos pelas experiências específicas, sendo fundamentais ao viver, e a razão que acompanha os interesses críticos, os quais têm como escopo fazer da vida do indivíduo algo melhor, formulando convicções do que seja a vida boa.

Em outros termos, os interesses de natureza crítica possuem um valor ético que, por si mesmo, melhora a vida, como ter uma relação próxima com os filhos, não precisando estar no campo do desejável, como o caso dos interesses volitivos, para serem valorosos aos indivíduos, como o desejo de esquiar, o qual apenas trará bem-estar se for do desejo do sujeito ter essa habilidade esportiva.

Nesta senda, Dworkin defende uma ética com a estrutura filosófica ligada a uma perspectiva de performance na vida, a qual não descarta *a priori* alguma concepção substantiva de vida boa, mas mantém um modelo desafiador de vida que é descoberto durante a própria ocorrência dela e não determinada abstrata e previamente.

O filósofo americano apostou em uma normatividade ética em relação aos interesses críticos, os quais se referem àqueles interesses que tornam a vida melhor ao ser humano, independentemente do desejo prévio, diferenciando de um sistema baseado nos interesses experienciais ou volitivos, isto é, nos interesses relativos à busca pela concretização dos desejos, alcançando o que se quer.

²⁷ Esse processo intelectual se desenvolverá por meio das ideias que constitui de respeito próprio e de dignidade.

Em suma, pode-se entender a ética, em termos dworkinianos²⁸, como um projeto individual em torno de uma vida crítica e dotada de propósito realizador, para além dos interesses experienciais que tragam prazer.

Dessa forma, enquanto a moral seria uma ramificação²⁹ da ética, em razão de a vida ser comunitária, direciona-se ao questionamento sobre como esse “viver bem” afeta os demais (Dworkin, 2012, p. 335).

Assim sendo, é compreensível a noção posta pelo autor de interdependência entre os valores morais e os valores éticos (Dworkin, 2012, p. 13), visto que são propositivos em relação aos “modos de vida” e aos acomodatamentos dos projetos humanos.

Isto implica a aderência da concepção ética (o viver bem) ao direito de receber o tratamento com dignidade, exatamente pelo respeito demandado tanto do projeto ético aos indivíduos consigo próprios quanto da moralidade em relação aos demais sujeitos.

Esta interconexão geral proposta por Dworkin (2012, p. 19), quando relativa aos conceitos, irá traduzir-se em uma integração entre estes, a partir da qual a concepção ou a elaboração de um deles deve estar ajustada aos demais para alcançar-se uma unidade do valor.

Em outros termos, o valor digno atribuído aos indivíduos à melhor concepção de suas vidas como algo importante acarreta a necessidade da pessoa, uma vez de formação gregária, formular uma concepção de moralidade³⁰ que abarque a dignidade, concomitantemente formulada para si, também em relação aos demais seres humanos.

Daí a formulação do direito de receber um tratamento digno, o qual, segundo Dworkin (2003b, p. 337), consiste no “direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo com sua vida transcorre”.

Se, ao contrário, conforme aponta Dworkin (2003b, p. 337), a dignidade estivesse, por exemplo, imbricada a interesses experienciais de amor-próprio e de proteção ao sofrimento mental, a explicação para a dignidade de pacientes com incapacidades concernentes à autopercepção e à identidade seria prejudicada pelo fato de as vontades e os desejos possuírem barreiras biológicas e sociais de expressão.

²⁸ Diz Dworkin (2012, p. 335) que “a ética estuda o modo como as pessoas gerem a sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal concentra-se naquilo que cada indivíduo deve às outras pessoas. A moral política, pelo contrário, estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial.”

²⁹ Essa ligação é, portanto, necessária por força do aspecto social dos seres humanos (Pedron; Ommati, 2016, p. 249), afinal, Dworkin (2012, p.26) propõe justamente uma ligação entre a moral e sua ética da dignidade.

³⁰ Essa concepção de bem, calcada no valor objetivo da vida e da atribuição da responsabilidade ética de cada um sobre o que fazer com ela, desenvolvida pelo autor, é que fará frente aos governos quando estes se socorrerem a outras concepções de bem para restringir certa liberdade.

Assim, os argumentos dworkinianos (Dworkin, 2012, p. 21) desafiam a noção corrente dos filósofos morais de que, para encontrar alguma noção de verdade em termos de moralidade, é preciso sair desta e ingressar num debate metafísico a respeito de fundamentos.

Após esta explanação dos conceitos fundamentais e instrumentais dentro do pensamento dworkiniano, será preciso operacionalizá-los no contexto de uma teoria da independência metafísica do valor, a qual será conclusivamente elucidada.

2.2.3 Críticas de Dworkin ao ceticismo externo

Ao negar a existência de metaética, Dworkin (2012, p. 23) defende que não há “entidades morais especiais” a serem objeto de correspondência das asserções morais com pretensões de verdade.

Para tanto, o autor faz questão de separar as matérias de moralidade, que seriam de natureza substantiva ou de primeira ordem, das matérias sobre moralidade, as quais se constituiriam de questões metaéticas ou de segunda ordem (Dworkin, 2012, p. 22).

Quanto à moralidade, estando relacionada ao padrão de tratamento do indivíduo para com os outros (Dworkin, 2012, p. 26), refere-se uma dimensão do viver bem e conduz à necessidade de se responder à pergunta sobre o porquê de determinada ação ou conduta ser moral e se é possível até mesmo uma resposta a respeito disso.

A respeito das indagações, o ceticismo moral responde negativamente, mas Dworkin organiza essa resposta negativa, separando-a em duas versões, quais sejam, a cética interna e a cética externa.

O ceticismo interno seria, para Dworkin (2012, p. 43), baseado em juízos morais substantivos, também chamados de juízos de primeira ordem, porque se constituem como negativas de reconhecimento do caráter de verdadeiro à determinada aplicação de juízos mais abstratos, os quais se acredita como verdadeiros, às eventuais situações mais concretas ou a outras asserções delas decorrentes.

É uma negação que ocorre dentro das fronteiras da moralidade, isto é, sem negar a existência dela e a possibilidade de buscar a verdade nesse âmbito.

Esse tipo de ceticismo pode se direcionar a erros parciais, mas também aos amplos ou globais.

Como exemplo, Dworkin (2012, p. 45-46) apontou que ideias de que, sem Deus, não há moralidade, de que o determinismo exclui o pensamento moral ou de que moralidade depende da cultura são apoiadas em juízos morais, os quais postulam, respectivamente, que apenas um

ser sobrenatural pode ser base sólido de uma moralidade, que, sendo determinados os comportamentos, seria injusto punir indivíduos que agem de forma inevitável e que a fonte do juízo moral é cultural. Assim sendo, apenas se agiria moralmente caso se satisfizessem certas condições culturais.

O importante nesses exemplos de ceticismo interno menos óbvios, para Dworkin (2012, p. 46), é que anuem com a máxima de que, ao desafiar a verdade de um juízo moral no discurso filosófico, necessariamente se está utilizando de uma teoria moral substantiva, constituindo-se, então, numa disputa genuína.

Já o ceticismo externo, por sua vez, baseia-se em discursos que se colocam além da moralidade, o que Dworkin (2012, p. 43) considera de “asserções de segunda ordem” apoiadas em uma metafísica que se pretende neutra em relação a valores.

Os juízos céticos externos não se constituem como asserções de incerteza, isto seria adotar uma posição moral “defeituosa” (Dworkin, 2012, p. 46), a qual seria traduzida na ausência de grau de convicção entre as arguições postas, diferentemente da posição dos juízos céticos internos, que, em realidade, para serem defendidos, precisam do acompanhamento de uma argumentação sólida para sustentar a tese cética moralmente negativa de eventual valor moral levantado num debate.

Todavia, cabe salientar que não se deve confundir esse ceticismo externo com a inclusão de questões externas.

Estas questões externas são elementos sobre os valores morais, como dados sociais, científicos ou circunstâncias culturais diferenciadoras. Diferente das questões internas, referem-se a reflexões de valor moral, como analisar responsabilidades em concorrência a algum aspecto da vida (Dworkin, 2012, p. 42).

Desse modo, o fato de abordar, durante um debate moral, algum elemento externo não implica a adoção da perspectiva externa do ceticismo.

Dito isto, retomando a questão propriamente do ceticismo externo, para Dworkin (2012, p. 43-44), este tipo de postura cética externa se desdobra ainda em ceticismo de erro e ceticismo de estatuto.

O primeiro desdobramento nega totalmente todos os juízos morais, qualificando-os como falsos, porque defende a inexistência de elementos de correspondência metafísica ou “partículas morais” no universo físico, de modo a concluir que a moralidade tem um problema cuja natureza é de concepção. Assim, não haveria estruturas físicas morais para se aferir concretamente.

Já o segundo desdobramento pleiteia que o problema da moralidade está na incompreensão que se tem dela, visto que os juízos morais são expressões de origem emocionais, envolvendo aceitação de planos de vida, sentimentos ou qualquer formulação que implique uma espécie de compreensão com base na crença em determinado conteúdo. O que aponta para um entendimento relativístico.

Sobre este último, conforme Dworkin (2012, p. 48), há um caráter “ecumênico”, pois permite que se abracem convicções profundas não pelos conteúdos destas, as quais teriam eventualmente *status* de verdadeiros, mas pela categoria em que são enquadradas.

As afirmações morais para o cético externo de estatuto não se referem a uma realidade moral, cuja verdade está sendo afirmada na arena de uma discussão moral, mas em referência à convicção por razões não morais. Ou seja: a atitudes ou a projeções emocionais (Dworkin, 2012, p. 63), as quais não representam em si juízos morais, mas tão somente crenças. Isto termina por realizar, em síntese, uma separação entre o ato de aceitar um posicionamento e o ato de considerá-lo verdadeiro.

Um exemplo ilustrativo para um melhor entendimento seria afirmar que é errado tornar um esporte a disputa de bebês nascidos dependentes do *crack* por uma bola feita desta droga, como o seriado animado *South Park* apresentou certa feita no episódio número 5 da 15ª temporada, ao mesmo tempo em que se reconhece a impossibilidade de dizer que a modalidade esportiva grotesca referida é incorreta por questão de não corresponder a uma verdade moral objetivamente avaliável.

A diferença, para os céticos de estatuto, entre os juízos se dá porque o primeiro ato de fala é uma projeção de primeira ordem, e o segundo, um juízo filosófico errado (Dworkin, 2012, p. 63).

Em verdade, para o ceticismo de estatuto, há a presença dois discursos com jogos de linguagem diferentes: um primeiro vulgar, no qual a diferença dos atos de fala seria indetectável; e um filosófico, que permitiria negar verdade ao discurso de segunda ordem, mudando o estatuído pelo primeiro ato de fala para uma atitude ou elemento não moral, não constituinte de um juízo de moralidade.

Após tais demarcações, Dworkin (2012, p. 134) admitiu que o ceticismo externo é uma espécie de tentação filosófica, sobretudo quando a interpretação que deveria buscar a verdade como possível entrega-se a uma espécie de relativismo medroso de reivindicações firmes na superioridade de determinada conclusão moral.

Criticamente, aponta que a posição cética, em seu sentido externo, também pode ser considerada uma projeção de uma atitude contrária ou uma expressão emocional, e não, como

parece pleitear para si mesma (Dworkin, 2012, p. 63), uma posição filosófica que se aparta dos fundamentos que visam explicar a moralidade.

Conclui, então, que apenas a existência reconhecida de um pressuposto factual ou filosófico poderia permitir ao cético externo da moralidade negar esta última sem se autodestruir como uma mera projeção emotiva, ou perder-se como uma asserção moral contrária a outra asserção moral levantada.

Assim, o ponto nevrálgico na teoria dworkiniana crítica ao ceticismo externo é a defesa do ceticismo interno nas questões pertinentes a valores. Por isso, o autor afirma:

O ceticismo interno é a única posição cética que interessa. Talvez não seja verdadeiro nem falso que o aborto seja mau ou que a Constituição americana condene toda a preferência racial ou que Beethoven tenha sido um artista mais criativo do que Picasso. Mas, neste caso, não é por não poder haver uma resposta certa a tais questões por razões prévias ou externas ao valor, mas sim porque é a resposta certa internamente, em termos de bom juízo moral, legal ou estético (Dworkin, 2012, p. 48).

Isto quer dizer que a verdade de um juízo moral terá de ser afirmada por meio de um argumento adequado de moralidade, e os argumentos adequados para tal missão são aqueles tornados adequados moralmente por outros argumentos adequados (Dworkin, 2012, p. 49), perfazendo uma relação que se assemelha a uma circularidade, mas representa, na realidade, uma articulação coerente, haja vista que, para este jusfilósofo, existe uma continuidade teórica entre a ética³¹, a moral, o direito e a política, etc., que permitiria o fluxo integrativo constante.

Neste caso, essa continuidade performa-se como integridade argumentativa que se dá com o arranjo de concomitantes argumentos interligados entre si coerentemente, de modo que se possa apoiar uns nos outros harmonicamente.

Para tanto, leva-se em consideração que o postulado valor argumentativo residirá no mútuo suporte de compatibilidade que possuem entre si, desde os temas mais genéricos, abstratos e abrangentes até as decorrências específicas, concretas e restritas.

Isto pode ser decepcionante, como reconhece Dworkin, para aqueles que esperam uma confirmação independente das razões morais que se levaria a pensar como certas as convicções morais que se tem, ou seja, os que aguardam por uma explicação sem natureza moral para questões de verdade na moralidade, tal como esperavam os physicalistas.

³¹ Deve-se atentar que a ética liberal dworkiniana é formada de modo a que, por continuidade, implique a convergência em relação a uma política liberal não pautada no absentismo ou negativismo de valores.

Diante da objeção da circularidade do argumento e falta de fundamento no mundo concreto, aponta-se a necessidade, reconhecida por Dworkin (2012, p. 50), de que é preciso uma epistemologia moral ou, antecipando o diálogo com fenomenologia, uma ontologia regional³², para que se possa pensar estruturalmente a adequação moral dos argumentos morais.

Desse modo, para a epistemologia da moral circular perseguida por Dworkin (2012, p. 108-109), só se poderá apontar que se está raciocinando bem em termos morais de um ponto de vista moral.

Isto não por uma questão accidental, mas por uma demanda necessária, diante da “incapacidade”, que, para o autor, é um aspecto típico, de se demonstrar que determinada visão moral é verdadeira ou falsa, de maneira que só resta exigir dos adversários de pensamento responsabilidade no raciocínio, o que implica um pleito de integridade às partes das contendas e aos intérpretes destas.

Tamanha exigência pode ser atendida com a adoção do tratamento interpretativo, o qual impõe responsabilidade moral àqueles que tiverem como objetivo a busca pela explicação mais abrangente que se puder obter de algum sistema valorativo geral, no qual as opiniões morais apareçam e disputem entre si.

Afinal, reconhece Dworkin (2012, p. 50), mesmo diante da ausência de garantia a respeito da definitiva verdade moral, essa estruturação adequada e comprometida dos argumentos permite a conquista do “direito de viver de acordo com eles”.

Essa luta no campo argumentativo impede uma postura dos debatedores de se apresentarem como portadores de uma visão totalmente externa ao tema em debate, e, por isso, seria pretensamente superior, tal como um “ponto de Arquimedes”, sobre o qual se versará no próximo item para um maior esclarecimento nesta questão indispensável ao diálogo crítico com teorias políticas e jurídicas concorrentes à teoria dworkiniana.

³² Joaquim de Carvalho, prefaciando o pai da fenomenologia, Edmundo Husserl (1952, p. LVI), afirma: “É que os objectos não têm todos a mesma estrutura ontológica nem a mente os intui, representa ou pensa da mesma maneira. Assim, por exemplo, os objectos físicos, materiais e tangíveis, agrupam-se na região a que chamamos ‘natureza’, que é formada por um conjunto de essências, como materialidade, cor, espaço, extensão, etc.; e a maneira como estes objetos são intuídos, representados ou pensados não é a mesma como são intuídos, representados ou pensados os objectos ideais da Matemática ou os valores da Ética ou da Estética. Por isso, cada região de objectos tem uma ‘ontologia regional’ própria, ou por outras palavras, os objectos de cada região possuem uma maneira de ser que lhes é própria e uma maneira especial de se tomarem objectos da consciência.”

2.2.4 A ausência de “ponto arquimediano” ou porque não se sabe “como é ser um morcego”

O proposto por Ronald Dworkin, a respeito da ausência de um ponto neutro em termos morais, pode ser mais bem elucidado diante de uma conversação com determinada tese desenvolvida pelo filósofo sérvio, mas nacionalizado americano, Thomas Nagel, esboçada no famoso ensaio “Como é ser um morcego?”.

Nagel (2005, p. 249 – 250) convida inicialmente o leitor à pergunta se haveria algum método que permite aos seres humanos ultrapassarem a barreira de espécie e compreender a vida interior de um morcego.

Para este autor, seria natural a resposta negativa, porque a imaginação estaria restrita e limitada pelo alcance da mente humana e do material que ela pode recolher.

A positiva, por sua vez, implicaria buscar uma forma alternativa para entender a noção de ser como um morcego para um morcego, e não para um exemplar de *homo sapiens*, que analisa como é ser um ser de outra espécie.

Porém, o desafio proposto por Nagel (2005, p. 205 – 251) sempre esbarraria no fato de não se poder ir além de esquematizar características dos instrumentos de percepções do morcego, sem jamais ingressar no teor subjetivo particular que a experiência de ser um morcego fornece.

O mesmo se poderia dizer em uma eventual comparação entre a vida alienígena e a vida de seres humanos, em termos de experiência, pois tais viventes teriam como inconcebíveis os esquemas conceituais ou sistemas de representação uns dos outros, isto por uma impossibilidade estrutural mental relativa aos conceitos e experimentação (Nagel, 2005, p. 252).

Afinal, existem fatos que, por inaptidão humana para formulação ou compreensão, não poderão ser expressos na linguagem dos seres humanos.

Nagel alarga o raciocínio ampliando sua reflexão também para pessoas com deficiência auditiva ou visual, cujas experiências não são acessíveis às pessoas sem esses aspectos em sua fisiologia.

Então, ainda na alegoria inicial de Nagel (2005, p. 247 – 249), assim como o morcego experimenta o mundo externo por um sonar como maneira de percepção, os humanos o fazem por meio do sentido visão, não havendo similaridade entre os dois meios perceptivos, e, pelo caráter subjetivo desta experiência, dificulta-se a uma pessoa a construção da noção do que seria ser um morcego.

O referido autor conclui estabelecendo que há, nesse caráter subjetivo das experiências individuais, elementos escapáveis à apreensão por terceiros, porque, ainda que as estruturas eventualmente cognitivas estejam colocadas da mesma maneira, a apreensão do mundo e, por conseguinte, da sua significação, estará ligada à elaboração realizada pelo e para o sujeito.

Isso não quer dizer que a natureza objetiva das coisas apontadas por estes conceitos não poderia ser aprendida porque estaria ligada a um ponto de vista específico singular, afinal, tais coisas não são internas a esses pontos de vistas, mas externas.

Apenas infere Nagel (2005, p. 254) que essas coisas podem ser verificadas por outros pontos de vista, o que não significa que da mesma forma, porém, com algum grau de objetividade, a qual apesar de não ser cabal a respeito da coisa, constitui-se como uma direção para o entendimento.

O problema ocorrerá quando a “coisa” for uma experiência humana que não se adequa a essa forma apresentada, sendo preciso, de algum modo, sacrificar um pouco o aspecto subjetivo da “coisa” em busca de alguma objetividade a partir de outro ponto de vista.

Isto porque o caráter pretensamente objetivo de uma experiência é incompreensível sem que haja a adoção de um ponto de vista. Ou, em outras palavras, a subjetividade não é um acidente de percurso, mas uma condição para a compreensão.

Por isso, as questões das experiências humanas são difíceis de explicar fora do ponto de vista humano, pois seria necessário ter acesso a termos inacessíveis à espécie para descrever como é ser humano de “ponto de vista não-humano” (Nagel, 2005, p. 256 - 257), por exemplo.

Nagel (2005, p. 256) prossegue indicando:

Se o caráter subjetivo da experiência é completamente compreensível somente de um ponto de vista, então qualquer deslocamento em direção a uma objetividade maior – isto é, menos vinculada a um ponto de vista específico – não nos leva mais próximo da natureza real do fenômeno: leva-nos para mais longe dela.

Ou seja, os sujeitos estão tão imersos nos condicionantes de aferição das suas experiências ao ponto de sequer conseguirem conjecturar o próprio modo de apreensão com base em outros condicionantes.

Dessas reflexões, pode-se aproveitar a ideia que eleva a compreensão subjetiva do mundo a uma dimensão para além do empreendimento de qualquer tentativa de obter uma descrição ou uma análise universal objetiva da realidade.

Em suma, Nagel indica que o ser humano está fadado a compreender como um ser humano, e, em questões mais específicas, significa que não há concepção a respeito das coisas que não tenha essa marca da subjetivização, a qual impede a busca pela objetividade moral de

forma empírica, como é demanda comum pelos fiscalistas, pois alimentam a ideia do ceticismo externo, para aceitar a noção de verdade em disputas sobre moralidade.

A razão, então, para que não haja ponto de vista externo na discussão moral é que a defesa do ceticismo, nesse modelo, não fornece quaisquer suportes para os quais possam se refugiar os que negam a verdade no âmbito destacado.

Assim, a qualidade humana histórica de agentes morais sempre permaneceria condicionando as asserções a respeito do tema³³, porque a moralidade continua e continuará sendo um fenômeno humano abordado por humanos envolvidos por sua própria humanidade.

Isto justifica a ausência de “ponto arquimediano” abordada por Dworkin (2012, p. 28), o qual seria um ponto de análise moral exterior à própria moral.

Para Dworkin, o qual parte de uma reinterpretação do princípio da “guilhotina de Hume” realizada, essa demanda filosófica fiscalista converteu-se em verdadeiro “bloqueio mental”, exigindo que o valor de um “dever-ser” encontre apoio em alguma subscrição que não esteja nesse terreno³⁴, e isso afetou os juristas ao longo do desenvolvimento das doutrinas jurídicas.

Havendo estas últimas por boa parte do tempo ignorado que toda a asserção levantada no dissenso sobre o assunto é o levantamento de uma tese interna à moralidade, e as eventuais divergências ocorrerão por uma diferença interpretativa constatáveis pelos choques que decorrerão argumentativamente.

Isso leva à necessidade de a estruturação do pensamento dworkiniano ser precedido de um enfrentamento breve que aqui se fará sobre a superação do paradigma da dualidade de sujeito e de objeto, além da perspectiva hermenêutica, haja vista a fonte interpretativa das dissensões entre as conclusões dos intérpretes.

³³ Em consonância com a proposta deste trabalho, cabe o destaque anedótico a uma obra do cancionista popular brasileiro, *Correr de Mim*, interpretada por Juraildes da Cruz, cujo trecho afirma o seguinte “Eu pensei correr de mim, mas aonde eu ia eu tava / Quanto mais eu corria mais pra perto eu chegava / Eu pensei correr de mim, mas aonde eu ia eu tava / Quanto mais eu corria mais pra perto eu chegava / Quando o calcanhar chegava, o dedão do pé já tinha ido / Escondendo eu me achava e me achava escondido/ Só sei que quando penso que sei já não sei quem sou / Já enjoei de me achar no lugar que aonde eu vou eu to / Eu pensei correr de mim, mas aonde eu ia eu tava / Quanto mais eu corria mais pra perto eu chegava (...)”.

³⁴ Nesse sentido, afirma Dworkin (2012, p. 49 – 50) que “qualquer teoria sobre o que torna verdadeira uma convicção moral ou sobre quais são as boas razões para a aceitar deve ser, em si mesma, uma teoria moral e, portanto, deve incluir uma premissa ou pressuposição moral. Há muito que os filósofos procuram uma teoria moral que não seja uma teoria moral. Mas, se quisermos uma ontologia ou epistemologia moral genuína, temos de a construir a partir do interior da moralidade. Quer mais alguma coisa? Espero mostrar-lhe que nem sequer sabe o que poderia querer mais. Espero que acabe por considerar estas respostas iniciais não decepcionantes, mas esclarecedoras.”

2.3 Um diálogo com filósofos da hermenêutica continental

De início, cumpre salientar que este trabalho se filia à tese de que existe uma afinidade epistêmica entre o autor americano, Ronald Dworkin, e figuras da hermenêutica filosófica, como Hans-Georg Gadamer, conforme a proposta do professor André Coelho³⁵.

Para Coelho (2014), distinguem-se três sentidos das alegações de relação entre as tradições apontadas, quais sejam, os sentidos de influência direta, de cofiliação teórica e de afinidade epistêmica.

Para haver influência direta, é preciso encontrar referências; já para a cofiliação teórica, é necessário argumentar que Dworkin constrói suas teses como pertencentes à tradição hermenêutica, sem contradizê-la. E, para mostrar a afinidade epistêmica, é preciso estabelecer quais seriam as afinidades e analogias entre a tradição hermenêutica europeia, sobretudo Gadamer, e a teoria dworkiniana (Coelho, 2014, p. 20 – 21).

Independentemente da afiliação, aqui se julga que o entendimento de noções continentais é indispensável do ponto de vista dos atuais paradigmas das teorias do direito, ao entendimento das teses dworkinianas.

Todavia, preliminarmente, será necessário compreender o caminho percorrido pela tradição continental hermenêutica, a respeito do qual se versará nos próximos itens, remontando aos primórdios da fenomenologia como reação ao dualismo entre sujeito e objeto.

Serão apontados, nos tópicos seguintes, as contribuições de Bertrand Husserl e a crítica à racionalidade de seu tempo por meio do desenvolvimento do método fenomenológico, bem como se abordarão, de forma sintética, as ideias de horizonte compreensivo e falhas na dicotomia entre sujeito e objeto engendradas por Martin Heidegger.

Após essas questões, serão traçadas possibilidades dialógicas entre Hans-George Gadamer e Ronald Dworkin de acordo com a tese de afinidade epistêmica proposta pelo professor André Coelho.

³⁵ Há outras posições teóricas em relação ao tema que não serão abordadas no presente trabalho, mas devem ser indicadas, tal como a crítica empreendida por Castanheira Neves (Castanheira Neves, 2003, p. 337), referida pelo professor Antonio Sá da Silva (2023, p. 56), aos problemas de intencionalidade jurídica no trabalho de Dworkin. Para o professor português, em linhas modestas, não se pode perder de vista a própria realização do direito em relação ao foco na verificação da reação do público crítico em relação aos conceitos interpretativos e à coerência narrativa.

2.3.1 Os primeiros contornos da fenomenologia em Bertrand Husserl

Até agora, foi visto o modo como o projeto filosófico cartesiano culminou no empirismo inglês, o qual, por sua vez, deu base a determinadas posturas céticas com relação à metafísica e forneceu contornos ao positivismo enquanto filosofia do empiricamente verificável.

Neste cenário de transformação de paradigma filosófico, Edmund Husserl, estudioso da obra de Franz Brentano, com o qual aprendeu a ideia de que a consciência, além de ser um processo de referência de contínua atividade ou “atribuição” (Gadamer, 1997, p. 371), é dotada de intencionalidade³⁶, passa a propor uma concepção da filosofia que force a revisão, inclusive por parte do cientificismo-naturalista, em direção a uma abertura ao que chama de “segredos do espírito” (Husserl, 2008, p. 44) contra apreensões objetivistas ou dualistas psicofísicas do mundo.

Ao defender essa perspectiva, Husserl (2008, p. 45) está tratando do paradigma da modernidade europeia da divisão entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido, que, como metodologia, é causador de mal-estar nas ciências.

Para tanto, Husserl aposta, então, numa volta mais radical ao *cogito* de Descartes³⁷ por meio do enfrentamento da estrutura que permite a própria atividade de pensar por meio da qual se constata a existência do sujeito que pensa, que é a consciência.

Assim, toda a ciência tinha assumido, a fim de atingir a objetividade, a exclusão ou a objetificação do subjetivo, já que o conhecimento viria do objeto ao sujeito o qual constitui, em prejuízo de uma maior clareza a respeito das bases que pressuporiam a atividade racionalista, que é o “mundo circundante da vida” (Husserl, 2008, p. 45), único local onde as questões, as metodologias e a busca pela verdade fazem algum sentido.

Isso foi identificado como contraditório às pretensões racionais da modernidade, porque este terreno básico, de onde partem os cientistas, não é contemplado com uma explicação racional, mas com uma meramente intuitiva.

Restando ao mundo, nas palavras de Husserl (2008, p. 45), “simplesmente subjetivo”, o esquecimento, que também atinge os próprios sujeitos.

³⁶ Mais adiante, ver-se-á que, em Dworkin (Macedo Júnior, 2013, p. 158), o direito constitui-se como uma prática social cuja intencionalidade possui dimensões morais, avaliativas e argumentativas, e não se trata de apenas uma questão de autorização e competências atribuídas pelo Poder.

³⁷ Sobre Descartes, diz Husserl (2001, p. 42) que “(...) tendo feito já a maior das descobertas, não captou nela o sentido correto, o da subjetividade transcendental” e “não atravessou o pórtico que leva à filosofia transcendental verdadeira.”

Dessa situação, nem os psicólogos, os quais estariam necessariamente em contato com o subjetivo, percebem que sua postura científica, fortemente preocupada com processos naturais, em relação ao mundo, produzem um apagamento das pressuposições de si próprios enquanto subjetividades inseridas em um ambiente (Husserl, 2008, p. 46).

Em outros termos, Husserl propõe uma fundação universal das ciências que leve em consideração o sujeito como um ser passível de consideração racional, porque este é o pressuposto fundamental exatamente das análises dos objetos sobre os quais tais ciências se debruçam.

Portanto, em relação a isto, o conhecimento desse pressuposto não poderá ser objetivo porque não é redutível³⁸ à condição de um objeto em relação a um sujeito, porque o sujeito também está em jogo.

Esse tipo de estudo do “espírito”, computado previamente e ignorado pela limitação de seu *status* como um sujeito apartado, seria o capaz de construir as bases de uma filosofia como ciência rigorosa³⁹, que rompesse essa última trincheira produtora de equívocos, os quais ainda causavam problemas ao pensamento racional, por meio de uma noção de subjetividade transcendental pura (Husserl, 2008, p. 48), que o libertasse das dependências quanto às explicações do ponto de partida subjetivo⁴⁰.

O enfrentamento dessa última fronteira, para Husserl, segundo o prefácio de Joaquim de Carvalho da obra “A filosofia como ciência de rigor”, é também necessário à disputa com o ceticismo e relativismo (Husserl, 1952, p. XIX – XX).

Estes últimos se constituem como frutos do repúdio à metafísica decorrente da época em que predominava a objetividade científica, que, ignorando o ser do sujeito por incapacidade das bases epistemológicas⁴¹ para apreendê-lo, deixou-o entregue ao irracionalismo por negligência e incompetência (Husserl, 1952, p. XXIII).

³⁸ A utilização do termo “redutível” é para expressar o sentido de conversão, e não de diminuição ou de rebaixamento.

³⁹ “A Filosofia como ciência de rigor” é o nome de uma das mais importantes obras de Edmund Husserl lançada em 1910.

⁴⁰ Conforme ainda afirma Husserl (2008, p. 48). “o espírito e só mesmo o espírito é em si próprio e para si próprio um ser, é independente e pode, nesta independência e apenas nela, ser tratado de modo verdadeiramente racional, de modo verdadeiramente científico a partir do fundamento. No que respeita, porém, à natureza na sua verdade científico-natural, ela só aparentemente é independente e só aparentemente pode ser levada, por si, ao conhecimento racional nas Ciências Naturais. Porque a natureza verdadeira no seu sentido, no sentido científico-natural, é produto do espírito que investiga a natureza e pressupõe, portanto, a Ciência do Espírito. Por essência, o espírito está capacitado para exercer o autoconhecimento e, enquanto espírito científico, o autoconhecimento científico, e isto iterativamente. Apenas no conhecimento científico-espiritual puro não fica o investigador embaraçado pela objecção do auto-encobrimento da sua própria operatividade.”

⁴¹ O que ocorre, principalmente, segundo o autor alemão, ao naturalismo, ao psicologismo, ao positivismo e ao historicismo.

Nas palavras de Husserl (2008, p. 45),

Estes são problemas que provêm inteiramente da ingenuidade com que a ciência objectivista torna aquilo que ela designa como mundo objectivo pelo universo de todo o ser, sem com isso atentar que a subjectividade operante na ciência não pode, por direito, comparecer em nenhuma ciência objectiva. Todo aquele que foi formado científico-naturalmente acha compreensível que tudo o que é simplesmente subjectivo deva ser excluído e que o método científico-natural, apresentando-se nos modos subjectivos de representação, determine objectivamente. Assim, também procura ele o objectivamente verdadeiro para o psíquico. Com isso, é ao mesmo tempo assumido que o subjectivo, excluído pelo físico, deve ser investigado precisamente enquanto psíquico pela Psicologia, portanto, obviamente, pela Psicologia psicofísica. Mas o investigador da natureza não torna para si próprio claro que o fundamento constante do seu trabalho de pensamento – ao fim e ao cabo, um trabalho subjectivo – é o mundo circundante da vida, que este é constantemente pressuposto como solo, como esse campo de trabalho unicamente pelo qual têm sentido as suas perguntas e os seus métodos de pensamento.

Seguindo estas razões, Husserl (1952, p. XXVI) desenvolve o método fenomenológico e constitui a filosofia fenomenológica como a forma principal⁴² para aplacar as apontadas vulnerabilidades que, por sua análise, causavam feridas na racionalidade.

Assim, em busca dos elementos necessários e invariáveis que tornam possível a experiência tal como ocorre, Husserl (2008, p. 49) desenvolve a fenomenologia para investigar essa estrutura necessária, que é a própria consciência, atingindo um estágio no qual a distinção entre sujeito e objeto não faz sentido, afinal, não há mais um “eu” apartado das demais coisas em um mundo pré-concebido.

Sendo, portanto, a experiência direcionada às coisas, extrai-se dessa relação de direcionamento uma intenção que a orienta. E, se está orientada a, por exemplo, construir conhecimento, a base sólida é a base da própria consciência disso ou da consciência orientada nesta intencionalidade.

Dessa maneira, o solo fundamental da filosofia está num retorno à consciência para a própria consciência, intencionando compreendê-la, pois disso virá a certeza primeira com a qual se pode começar a firmemente raciocinar e conhecer a realidade.

Uma das conclusões da análise dessa estrutura é de que a consciência sempre está voltada para algo, sempre é consciência de alguma coisa e, ao estar direcionada à própria consciência, não é possível distinguir, na situação, o que seria um “sujeito consciente” e a “consciência do sujeito consciente”. Pelo menos, não se a diferenciação implicar reconhecimento de existência independente.

⁴² Husserl (1952, p. XLIV) chega a chamar a filosofia de “ciência dos inícios verdadeiros”.

O conhecer a realidade, portanto, seria analisar o que preenche a consciência intencionalmente, ou seja, este fenômeno de constituição de objeto pela consciência⁴³ provocado na mente, mesmo que sem uma necessária correspondência física do direcionamento atual sobre o qual se reflete.

Isto se chama redução fenomenológica, cujo significado é um movimento de retorno do que Husserl (2008, p. 49) nomeia de “espírito” sobre si próprio e que puramente sobre si permanece. Ou seja: trata-se de uma atitude filosófica direcionada ao que é dado de forma imediata pela intuição na consciência como vivência atual, por isso, a referência a “fenômeno”⁴⁴, suspendendo o juízo a respeito de juízos sobre a existência desses objetos considerados apresentados à consciência (*epoché*).

Essa atitude de procura pela essência do ser, eidética, por meio de ideação sem preocupação com correspondência existencial⁴⁵ ou equiparação empírica⁴⁶, afirmava Husserl (1952, p. 38 -42), é a busca do indivíduo pela “concepção do Ser”, ciente de que se tem um Ser e que é o “Ser de um ser”⁴⁷.

No prefácio de “A filosofia como ciência de rigor”, de Husserl, explica Joaquim de Carvalho:

Não há, pois, para o profundo teorizador das ciências do espírito, uma só filosofia verdadeira e não a há, porque o Mundo e a Vida como objectos pensáveis não são separáveis do pensamento que os pensa; e porque cada ser humano é uma determinação limitada da natureza humana, cada pensador, e conseqüentemente cada filosofia, encarna somente uma das múltiplas possibilidades do viver, do gentil e do pensar. A história das atitudes e dos sistemas filosóficos, se por um lado mostra que o impulso filosófico é constante, por outro também mostra que as concreções do pensamento filosófico são subjectivas e estão situadas por coordenadas limitativas do tempo e do lugar.

Com essa revolução do pensamento em torno do Ser, baseada na consciência como intencionalidade e na “mente” direcionada como condição de possibilidade do conhecimento, Husserl (1952, p. LVII) abre espaço para reconhecimento de diversas regiões ontológicas das

⁴³ Isso não implica a negação do mundo externo, mas foca o modo como se descobriu que ele está ali, agindo com uma conduta natural em torno do que é apresentado.

⁴⁴ “Assim, quando Husserl (Andrade, 2015, p. 33) compreende que há uma apresentação total do objeto nisto pelo quê ele se apresenta, o fenômeno, não é preciso fundar tal apresentação numa outra natureza – ela não é re-presentation – para lhe outorgar o aspecto, em suas palavras, ‘científico’ e ‘eidético’”.

⁴⁵ “A base, ou melhor o acto inicial da ideação de um ser, p. ex., do ser da percepção, da recordação, do juízo etc., pode ser a percepção de uma percepção, de uma recordação, de um juízo etc., mas também pode ser mera fantasia, apenas ‘clara’, que como tal não é experiência e não concebe nenhuma existência.” (Husserl, 1952, p. 38).

⁴⁶ Conforme afirma Husserl (1952, p. 38), “não abrange a mínima afirmação acerca de uma existência individual (porventura natural)” ou mesmo “*matter of fact*”.

⁴⁷ Isto é, o “ser” reconhece-se como “ser” do que aí está e tenta produzir algum conhecimento a respeito do que seja “ser” para este próprio que também é “ser”.

quais podem se desenvolver fenomenologias particulares, sem que sejam prisioneiras do fisicalismo.

Esta crítica ao fisicalismo apenas respalda e tributa o debate em torno de diversas teses da filosofia do Direito com as quais o pensamento dworkiniano dialoga e contra as quais levanta críticas e propõe superar, como será explanado mais à frente após a sedimentação da perspectiva da hermenêutica continental, cujo ápice foi atingido pelo filósofo alemão Martin Heidegger.

2.3.2 Martin Heidegger e a contribuição da hermenêutica ocidental

Com o lançamento das bases de uma abordagem filosófica em desafio aos séculos de predominância do paradigma filosófico dualista, Edmund Husserl desenvolveu a fenomenologia, que, com o tempo, passou a ser aprimorada e mais desenvolvida por diversos teóricos dos mais variados campos do conhecimento humano.

Um dos seus mais importantes leitores da obra husserliana foi o filósofo Martin Heidegger, a respeito do qual muito interessa que se destaquem algumas de suas conclusões.

A obra mais fundamental de Heidegger foi o livro *Ser e Tempo*, inclusive dedicada a Husserl, demonstrando o interesse na ontologia dos fundamentos estruturais da consciência. Para ele, se a consciência é subjetividade, ele quer a subjetividade da subjetividade.

Em verdade, por muito tempo, na filosofia, os problemas filosóficos eram colocados na relação sujeito e objeto, e Heidegger (2005, p. 31), em diálogo com Husserl⁴⁸, defende que não é exatamente apropriado para a situação humana.

Isto porque as pessoas não são, por assim dizer, sujeitos apartados que procuram, numa lupa invisível, uma realidade objetiva que está lá fora esperando a análise, as relações e as extrações de conhecimento.

A ideia proposta é de que, desde o “início”, o ser humano já está inserido nesse “tudo”, ou melhor, no “mundo dos seres” e está inserido também como um ser que lida com outros seres. Assim, dizendo de outra maneira, o pensamento sobre o mundo não é algo exterior a esse mesmo mundo, é algo “no mundo” e por ele se inicia e se é limitado.

⁴⁸ Cabe a referência a Gadamer (1997, p. 388), para o qual “a crítica de Husserl ao objetivismo da filosofia precedente representava uma continuação metódica das tendências modernas e se entendia como tal. A reivindicação de Heidegger, pelo contrário, era, desde o princípio, a de uma teologia de signo inverso. Em sua própria tentativa ele vê menos o cumprimento de uma tendência, preparada e já pronta há muito tempo, do que uma retomada do primeiro começo da filosofia ocidental, um reacender da velha e esquecida polêmica grega em torno do ‘ser’.”

Para compreender esse “mundo dos seres”, no qual os seres humanos estão inseridos, Heidegger aponta que a filosofia, até então, falou em tais “seres”, mas não no “Ser”.

Isto é, a filosofia ocidental, ao passar anos perguntando “o que realmente é”, não havia direcionado sua preocupação com o que significa “ser”, e essa pré-noção do que é o “ser” possibilitaria a constatação ou o pensamento de “tudo que é”.

Essa concepção anterior do significado do “ser”, segundo Heidegger (2005, p. 35), permite que se pense todos os seres, sendo, portanto, a condição de possibilidade da própria metafísica.

Para o filósofo alemão, esse “ser” se esconde em cada um dos “seres” apresentados e precede à distinção dualista do sujeito e do objeto, haja vista que todos são seres em relação com outros seres que podem, eventualmente, objetificarem-se entre si e esquecerem-se do Ser que é a base de todos.

Estes chamados até aqui de “seres”, em termos heideggerianos (2005, p. 29-35), podem ser identificados como os “entes”, isto é, como a articulação particular do Ser, uma determinação individual que, apesar das distinções com os demais “entes”, ou “seres”, partilham do caráter universal máximo do Ser, que está sendo referido ao ser de um ente.

Dessa forma, Heidegger (2005, p. 29 – 30) afirma em *Ser e Tempo*:

O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu sou feliz” etc. Mas essa compreensão comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo atermo e ser para o ente, como ente. Esse fato de vivermos sempre numa compreensão do ser e o sentido do ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridades demonstra a necessidade de princípio de se repetir a questão sobre o sentido do “ser”.

Ampliando as conclusões da fenomenologia husserliana, Heidegger (2005, p. 31) aponta para a necessidade do questionamento dessa “orientação prévia” de “Ser” que as pessoas dispõem para procurar o conhecimento.

Supõe o referido autor que o sentido do “Ser”, embora pareça oculto, já está em operação no modo humano de compreender, e disso se conclui que a compreensão sempre caminhará dentro desse horizonte compreensivo do “Ser”.

Este horizonte está a ser determinado pelo tempo (Gadamer, 1997, p. 389), delimitação dentro da qual a verdade e a história são interpretados pela subjetividade inserida na “facticidade da pré-sença”, isto é, na existência (Gadamer, 1997, p. 386), que seria a base

ontológica da questão sobre o “ser”, e não algum elemento transcendental, como o *cogito* do qual partia Husserl em continuação a Descartes.

Dentro da historicidade, a compreensão humana a respeito do “Ser” é uma maneira original de “ser-no-mundo”, ou seja, é “o caráter ôntico” (Gadamer, 1997, p. 393) dessa forma de “Ser” que busca compreender⁴⁹.

Com isso, enveredou Heidegger no caminho de expor a pré-estrutura da compreensão em círculo entre o entendedor e o entendido, que se inferem mutuamente em um enlace cíclico hermenêutico, no qual o intérprete, ao compreender uma coisa, precisa projetar imediatamente e, como reforça Gadamer (1997, p. 402), de modo a “manter a vista atenta coisa” para se chegar a algum lugar.

Obviamente, isso implica um sentido inicial projetado pelo intérprete à coisa, que se pode considerar o “mundo” como um texto sobre qual se realizará uma “leitura”, porque, na pré-estrutura de compreensão, há expectativas e projeções de perspectivas (Gadamer, 1997, p. 402).

Porém, esse projeto previamente elaborado pelo intérprete não é cabal e pode passar por revisões durante a tentativa de busca do sentido.

Essas idas e vindas com as projeções de sentidos de forma antecipada constituem o movimento compreensivo a que chega o “projeto heideggeriano”, conforme elucida Gadamer (1997, p. 405) ao dizer que,

A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firma sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.

O importante, então, é o movimento de se dar conta das antecipações de sentido do intérprete, já que assim é o seu “ser” que é “no-mundo”, para que se desenvolva uma relação de alteridade com o texto, permitindo que ele também se comunique, de tal modo que seja

⁴⁹ Não há como se furtar à compreensão. O ser humano está sempre compreendendo, ou seja, sempre fazendo uso de pressuposições sobre as coisas.

possível, finalmente, o confronto com a sua verdade e as concepções prévias lançadas pelo intérprete e que estão na tradição⁵⁰.

Caso se desloque para o campo judicial, objeto de interesse deste trabalho, o termo “preconceito”, já por Gadamer (1997, p. 405) é entendido como uma espécie de tomada de decisão “pré-judicial” que, se negativa, implicará o prejuízo de algo ou de alguém.

A proposta da hermenêutica continental é transformar as considerações a respeito dos preconceitos em aspectos positivos (GADAMER, 1997, p. 408), isto é, em pontos de partidas da própria compreensão, ao contrário do sentido dado à palavra pela modernidade, ou pela Ilustração, como aquilo que representa uma orientação sem fundamentação ou um “gênio maligno”.

Buscando aperfeiçoar o grau de afinidade epistêmica da proposta inicial, será realizado, a seguir, um diálogo entre o pensamento de Hans-Georg Gadamer e algumas ideias presentes nas teses de Ronald Dworkin, para que se possa compreender e entender com mais profundidade as articulações entre as teses jurídica, moral e política deste último autor.

2.3.3 Gadamer e Dworkin

Como afirmado anteriormente, este trabalho adere-se à tese de que há uma conexão por afinidade epistêmica (Coelho, 2014, p. 20-21) entre a teoria dworkiniana e a hermenêutica europeia. Isto significa, meramente, que a teoria de Dworkin pode ser mais bem entendida com a exploração de analogias e conexões, e não que haja uma inserção óbvia e necessária da tradição anglo-saxã na tradição da Europa continental⁵¹.

Dito isso, convém indicar, desde logo, que Gadamer, segundo Paul Fry (2020), opõe-se à perspectiva da hermenêutica a partir de “métodos de interpretação” e do historicismo, isto é,

⁵⁰ “Portanto, não se trata, de modo algum de assegurar-se a si mesmo contra a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, pelo contrário, de manter afastado tudo o que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. A comprovação de Heidegger, segundo a qual no conceito de consciência de Descartes e no espírito de Hegel continua dominando a ontologia grega da substância, que interpreta o ser como ser atual e ser presente, vai, obviamente, mais além da autocompreensão da metafísica moderna, mas não arbitrária e aleatoriamente, senão que a partir de uma ‘posição’ prévia que realmente permite compreender essa tradição, porque põe a descoberto as premissas ontológicas do conceito de subjetividade. E, inversamente a isso, Heidegger descobre na crítica kantiana à metafísica ‘dogmática’ a ideia de uma metafísica da finitude, na qual seu próprio projeto ontológico deve ser validado. Desse modo, ‘assegura’ o tema científico introduzindo-o e pondo-o em jogo na compreensão da tradição. É assim que se mostra a concreção da consciência histórica, da qual se trata no compreender” (Gadamer, 1997, p. 406).

⁵¹ Para André Coelho (2014, p. 24), as menções de Dworkin (1999, p. 67) ocorrem em razão de Gadamer ter chegado a uma conclusão anterior a ele mesmo, e não como um argumento que funcionará como uma peça da sua teoria.

a ideia de que se pode afastar sua subjetividade de determinados preconceitos para analisar as coisas nas diversas épocas passadas.

A ideia da linguagem como meio ambiente humano (Carneiro, 2009, p. 114), que traça as fronteiras compreensivas, reposiciona o olhar sobre os pré-conceitos rejeitados e excluídos pela filosofia de Descartes (Carneiro, 2009, p. 126). Assim, tais pré-noções devem ser consideradas como antecipações a serem examinadas e, sendo o caso, desveladas enquanto fenômenos quanto a sua autenticidade.

O pensamento gadameriano considera uma “ilusão ingênua” (Gadamer, 1997, p. 577) o ideal de que seja possível “deixar-se a si mesmo de lado” para entender alguma coisa no contexto temporal dela.

De acordo com o próprio Gadamer (1997, p. 580), “a interpretação não é um meio para produzir a compreensão, mas adentrou no conteúdo do que se compreende ali”, já que a linguagem deixa de ter um caráter meramente instrumental para adotar uma posição constitutiva do mundo.

Desse modo, a compreensão se coloca como um prévio-entendimento em relação ao que se busca articular, tal como verdadeira condição de possibilidade para o indivíduo, como um *ser-no-mundo*, poder definir, com base na relação articulada da tradição transmitida pela própria linguagem, o sentido da própria interpretação como uma tarefa criativa, já que contará com o inescapável adicional do sentido dado pelo intérprete.

Essa conclusão se baseia na defesa da ideia de que as pessoas existem, vivem e pensam conscientemente dentro de determinado horizonte, e o que se pode fazer é reconhecer e buscar, quando se está frente a outro, algum tipo de fusão para a construção de um território comum.

Daí que surgem as especulações a respeito da tradição e dos clássicos como coisas que “falam” a todos os momentos da história, como uma espécie de base comum que permite a fusão de horizontes (Fry, 2020) que também é criada por estes.

Afinal, a própria “linguisticidade” da interpretação (Gadamer, 1997, p. 578 – 579) implica que o texto para “falar” ao intérprete fez uso de uma linguagem capaz de acessá-lo, a da tradição linguística (Gadamer, 1997, p. 589), e essa possibilidade é, também, potencialidade interpretativa da concretização do próprio sentido.

Neste sentido, prossegue Gadamer (1997, p. 579), afirmando que,

Compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação,

torna-se claro pelo fato de que toda interpretação é essencialmente inerente sua linguisticidade.

Essa fusão é antecedida pelo reconhecimento de que toda compreensão carrega aspectos do intérprete⁵², como os preconceitos, e, para escapar do arbítrio solipsista, é preciso sofrer uma “interrupção” (Fry, 2020) perpetrada por outras interpretações estranhas.

Dito isso, perpassando o pensamento de Dworkin, percebe-se que, na obra “O Império do Direito”, este autor recorre a algum apontamento em direção a Gadamer a respeito da impossibilidade de um ponto neutro e a necessidade de uma abordagem interpretativa.

Afirma Dworkin (1999, p. 75):

A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.

Isso porque, os novos empreendimentos interpretativos não são meras revisões, mas processos de incessantes desvelamentos de compreensões que, em certa medida, estavam no horizonte das antecipações realizadas (Carneiro, 2009, p. 111).

Em relação a isso, o autor americano, em momento algum, apresenta uma “fórmula infalível” ou um projeto de “antecipação de respostas” aos casos jurídicos. Ao contrário: sua proposta, como afirma Streck (2017, p. 33), é abrir a perspectiva do jurista ao fenômeno humano da interpretação que, assim como em Gadamer, é aplicação (Coelho, 2014, p. 24).

Dworkin vê o texto numa perspectiva que busca desvelar o sentido normativo (Miguel, 2012, p. 244), porém as teorias que permitem o acesso à realidade por vias não interpretativas são apontadas pela tradição hermenêutica como inviáveis do ponto de vista epistemológico.

Já nos escritos de Dworkin (Coelho, 2014, p. 28), há a defesa de que o interpretativismo é melhor politicamente, mas sem a indicação de que as demais teses não interpretativistas não possibilitam o acesso a fatos. Há, portanto, uma diferença da atratividade política, não um reconhecimento da impraticabilidade de outras perspectivas.

Assim, ocorre que, para Dworkin, o sentido buscado é da relação do objeto com seu valor, e não da coisa com seu autor (Coelho, 2014, p. 24), por isso, ao invés de, inicialmente,

⁵² A respeito disso, afirma Gadamer (1997, p. 576) que “havíamos partido do postulado de que a compreensão já é sempre interpretação, porque constitui o horizonte hermenêutico no qual a intenção de um texto em seu objetivo (*sachlich*) teremos de traduzi-la à nossa língua, o que significa, porém, colocá-la em relação com o conjunto de intenções possíveis, no qual nos movemos, falamos e dispostos a nos expressar.”

elencar preconceitos, a teoria dworkiniana aponta na direção da construção de hipóteses interpretativas a serem ajustadas à coisa interpretada por meio de decisão orientada valorativamente (Coelho, 2014, p. 28 – 29).

O professor André Coelho (2014, p. 29), a respeito, escreve que,

(...) ao contrário dos preconceitos de Gadamer, os princípios de Dworkin não são antecipações de sentido que o intérprete já carrega consigo, e sim hipóteses explicativas que o intérprete elabora, por abdução, à luz da coletânea de decisões institucionais da qual precisa dar conta. Ao contrário da prática de interpretação descrita por Gadamer, os princípios não proporcionam conhecimento na medida em que se veem frustrados pela coisa interpretada, e sim proporcionam justificação na medida em que se ajustam à coisa interpretada. Também diferentemente do resultado pretendido pelo círculo hermenêutico gadameriano, a objetividade da coisa interpretada não se ressalta por meio de seu não deixar se confinar às expectativas do intérprete, mas, ao contrário, é seu deixar se confinar a um princípio dotado de apelo moral que torna a coisa interpretada também moralmente aceitável. Por fim, enquanto a interpretação gadameriana é uma operação de cognição por meio do uso e da revisão contínua de preconceitos que o intérprete já carrega consigo, a interpretação dworkiniana é uma operação de escolha entre princípios criados pelo intérprete por meio do ajuste da coisa interpretada a eles para fins de justificação moral.

Há, portanto, diferença até mesmo no que diz respeito aos intentos, uma vez que, para Dworkin, a interpretação de normas não acresce conhecimento ao intérprete, mas a estas se concede justificação moral, advinda da própria interpretação realizada.

A tradição continental hermenêutica distintamente da tese dworkiniana, que chega a construir um modelo de intérprete hercúleo do qual saíra as melhores interpretações à luz dos valores, não recomenda a adoção de algum método específico de interpretação ou prevê uma forma padronizada de regramentos metodológicos justificatórios.

Mas por que, para estudar Dworkin, recorre-se a Gadamer? E qual o sentido de um tópico dedicado a isso destacar os desencontros e estabelecer algumas afinidades epistêmicas?

Inicialmente, é possível enxergar no jusfilósofo americano um ambiente em que as tradições diferentes, quais sejam a analítica anglo-saxônica e a hermenêutica da Europa continental, podem dialogar em torno da interpretação (Coelho, 2014, p. 34) e, especificamente, da interpretação na Teoria do Direito, pelo menos de forma mais promissora que as correntes dominantes do positivismo jurídico e do próprio fiscalismo jurídico, entendendo-o de modo geral.

Segundo Lenio Streck (2011, p. 350 – 353), a integridade no Direito de Dworkin pode ser comparada ao “respeito à tradição”, de modo que, diante de um texto jurídico, caso se queira dizer algo sobre ele, é preciso que este mesmo afirme alguma coisa, e, desta coisa, é possível

estabelecer uma distinção entre os preconceitos, que os envolvem, entre os falsos e os verdadeiros.

Essa diferenciação, cara à hermenêutica gadameriana e rompedora com a relação dual entre sujeito e objeto, permite o reconhecimento da compreensão do direito como aplicação (*applicatio*), já que, por força do “círculo hermenêutico” (Streck, 2011, p. 355), no qual o intérprete projeta sobre o material disponível da prática (verdadeira “tradição” – e não arbitrariedade solipsista – que é também condição de possibilidade dessa articulação) uma “antecipação de sentido”, segundo Streck (2011, p. 350), e esta se projeta sobre o intérprete.

Sendo assim, quando interpreta, o intérprete dworkiniano busca uma resposta que está presente num rol elencado previamente por ele mesmo (Coelho, 2014, p. 36 – 38) e será elucidada a partir de uma atividade interpretativa, necessariamente valorativa, que deve apontar, sob uma luz justificatória, que não apenas justifique aquele momento interpretativo, mas todo o “sistema jurídico” ao qual estará “integrado” com concepções do direito, as quais partem de compreensões políticas desenvolvidas a partir de visões morais fundamentadas ética e filosoficamente⁵³.

Ao atacar o convencionalismo como uma tese do direito voltada à reafirmação do passado e o pragmatismo como uma tese identificada com a reelaboração visando ao futuro, Dworkin (2003a, p. 273) aposta no direito como integridade como uma abertura interpretativa para ambos, num processo contínuo de desenvolvimento de reafirmação e de reelaboração simultâneas e construtivas.

Desse modo, as noções de fonte do direito e produto da interpretação jurídica são intercambiantes de maneira incessante.

A influência da fenomenologia e da hermenêutica filosófica sobre o pensamento dworkiniano é percebida quando este destaca, na sua abordagem, a construção de uma proposta interpretativa dotada de propósito, o que, como se pode ver em Husserl, impõe-se sempre sobre a prática, bem como em relação a um horizonte, como visto em Heidegger e Gadamer, dentro da qual essa prática se realiza.

Este propósito será exatamente de buscar a interpretação que promova da melhor maneira os princípios e as políticas que constituem a “melhor justificativa política” (Dworkin,

⁵³ Por exemplo, afirma André Coelho (2014, p. 38): “(...) uma teoria do direito que fale sobre a justiça das penas depende de uma teoria da punição, que por sua vez depende de uma teoria do crime, que por sua vez depende de uma teoria da ação, que por sua vez depende de uma teoria da intencionalidade, que por sua vez depende de uma teoria da mente, que por sua vez depende de uma metafísica consistente sobre os tipos de coisas que existem no mundo e como elas se relacionam entre si.”

2005, p. 190). O que, no caso deste trabalho, desdobrar-se-á ao direito à liberdade de expressão artística.

Conclui-se, finalmente, reafirmando que a tarefa hermenêutica gigantesca, proposta por Ronald Dworkin, precisou ser acareada com o caminho filosófico, exposto neste capítulo, para que pudessem ser localizadas as suas articulações na história da filosofia ocidental que culminou, até aqui nesta pesquisa, com a hermenêutica continental. Sendo que esta, mesmo orientada por questões diferentes, permite o escape crítico às objeções do fisicalismo filosófico, ainda pautado na dualidade predominante entre sujeito e objeto, a qual alimenta as principais correntes teóricas jurídicas e políticas destinatárias de críticas realizadas por Dworkin, quais sejam, o positivismo jurídico e o utilitarismo político.

Essas críticas fundamentais erigem o edifício dworkiniano, e compreendê-las é fundamental para o entendimento articulados dessa lente teórica.

3 DWORKIN, FILOSOFIA E A TEORIA DO DIREITO

No presente capítulo desta dissertação, serão abordados os principais aspectos da passagem das conclusões filosóficas de Ronald Dworkin até a formulação da sua teoria do Direito.

Para cumprir o intento, serão desenvolvidas as diferenciações que o referido autor formula a respeito dos objetivos do empreendimento de busca por um conhecimento.

Em verdade, separa-os em objetivos intrínsecos e objetivos justificatórios, de forma a ambos serem expostos em seus desdobramentos correlatos às ciências naturais e às ciências humanas, sobretudo em relação a estas últimas, nas quais o manejo das duas modalidades de objetivos se confundem, dada a impossibilidade de um ponto neutro e descomprometido para o início da investigação.

Logo após, a partir dessas constatações, dissertar-se-á a respeito das principais objeções e críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, tomadas de modo geral para que o escopo desta pesquisa fosse atendido.

Por isso, serão apresentadas as considerações em relação às bases epistemológicas e às limitações referentes à atividade interpretativa no que se refere, especificamente, ao campo jurídico.

Serão trabalhadas as ideias de Dworkin a respeito da interpretação e sua conexão com as suas conclusões acerca da epistemologia da moralidade esposadas no capítulo anterior, principalmente por meio do aprofundamento do desenho de conceitos criteriosais e conceitos interpretativos.

Ao final do capítulo, serão relacionadas as temáticas da discricionariedade do intérprete, os problemas interpretativos e a possibilidade de condição para buscar uma verdade ou resposta correta na interpretação jurídica por meio da tese da integridade.

Tese esta que busca desenvolver uma pavimentação argumentativa sólida o suficiente para afastar o subjetivismo puro daquele que interpreta, ao passo que possibilita o contínuo aprimoramento, por meio de aberturas a melhores interpretações que fiquem ajustadas de forma coerente.

3.1 Entre os objetivos intrínsecos e os objetivos justificatórios de um conhecimento

Ronald Dworkin (2012, p. 160) afirma, a respeito da explicação das ciências naturais *versus* a compreensão das ciências humanas, que, em qualquer investigação, há dois tipos de

objetivos: um é intrínseco, isto é, achar a verdade sobre algo, e o outro é justificativo, ou seja, com o intento ou intenção de dar justificativa à tentativa de encontrar a referida verdade.

Nem sempre esses intentos justificatórios são de natureza prática, como a medicina está para a cura e a prevenção de doenças, tarefas estas consideradas com importância crucial para o conhecimento humano. A cosmologia, por exemplo, pode não agregar imediatamente uma justificativa próxima à prática, segundo Dworkin (2012, p. 160).

Ademais, diferentemente dos objetivos intrínsecos de alguma ciência, que são submetidos a algum teste de aproximação ou de distanciamento da verdade, os objetivos justificativos passam por essa submissão porque constituem, em realidade, razões que movem o querer do pesquisador em direção ao sucesso em achar o verdadeiro, e não a correspondência com um “mundo real confirmatório”.

Por exemplo, um cosmonauta estuda seu campo com o objetivo justificativo de ser encantado pelo universo. Este encantamento não está submetido a um teste a respeito de sua verdade (Dworkin, 2012, p. 160-161), não há como verificar um correspondente físico que avalize essa constatação.

Assim sendo, essa diferenciação se pautará na ideia de que, como foi explanado anteriormente quando do diálogo com a hermenêutica filosófica, o compreender é imbricado ao interpretar.

A isto se acresce o apontamento de que, entre o interpretar das ciências humanas e o empreender uma abordagem científica fisicalista, pretensamente descritiva, percebe-se que, na interpretação das disciplinas das humanidades, haverá intencionalidade muito peculiar, não se confinando apenas nas proposições extraídas com o intuito de verificação física, para, enfim, considerarem-se bem-sucedidas (Dworkin, 2012, p. 160).

Isto porque, ao enfrentar tais campos do conhecimento “inexatos” ou “não biológicos”, os estudiosos manejam objetivos intrínsecos e objetivos justificativos simultaneamente, já que a movimentação científica nessas áreas, inevitavelmente, implica uma posição “parcial”, ou melhor, na aderência a uma tese dentre as demais. E isto não por meio da recorrência a uma realidade a se corresponder e a se confirmar, mas por via de um exercício argumentativo que trará as melhores razões para a adesão a uma ou outra tese.

Para Dworkin (2012, p. 161), o fenômeno interpretativo das ciências humanas, como o direito, a filosofia, a moral, entre outros, ocorre distintamente das pretensões descritivas naturalistas, pois,

Ao contrário das afirmações científicas, as proposições interpretativas não podem ser simplesmente verdadeiras; só podem ser verdadeiras em virtude de uma justificação interpretativa retirada de um complexo de valores, nenhum dos quais também simplesmente verdadeiro. A melhor interpretação da cláusula sobre a proteção igualitária não pode defender a inconstitucionalidade de os estados recusarem atribuir cartas de condução a crianças, que é a situação real, embora nenhum advogado tenha qualquer razão para pensar assim; a melhor interpretação também não pode dizer que o poema *Rumo a Bizâncio* seja realmente um ataque ao imperialismo britânico, apesar não haver uma explicação mais profunda para isso. Uma interpretação não é uma prova de algum facto. Uma proposição interpretativa é verdadeira porque as razões da sua admissão são melhores do que as razões da admissão de qualquer outra proposição interpretativa rival. É por isso que, quando reconstruímos o raciocínio de um grande crítico, temos de falar de uma rede e não de uma cadeia de valor.

Por isso também, a “promessa metafísica” da existência da verdade nos campos de conhecimentos das “humanidades” é fundamental para a teoria dworkiniana, já que, sem ela, em matéria de interpretação, não restará nada.

Sem a busca pela melhor interpretação, que só se dá com a visualização da possibilidade de acessar a verdade, o ceticismo predominará, e o verdadeiro se tornará algo fundado ou na arbitrariedade ou na utilidade⁵⁴.

Ademais, Dworkin (2012, p. 161 –163) afirma que “reticência em buscar a verdade” das interpretações que o intérprete vem a fazer é, verdadeiramente, o âmago da interpretação.

O motivo para a conclusão é que apenas com a ideia de admitir a existência de uma verdade, ou uma resposta correta no Direito em termos de teoria jurídica, é possível prosseguir interpretativamente com sucesso nessa empreitada, já que os objetivos intrínsecos e os justificativos se unem⁵⁵.

De modo que os pressupostos, a respeito desses objetivos, e a valoração, deles para o sujeito, mesmo que sem reconhecimento consciente ou uma perceptível articulação, conseguem elaborar os critérios de aceitabilidade das afirmações com pretensões interpretativas.

Assim, o objetivo intrínseco de encontrar o verdadeiro e o objetivo justificativo da intenção de encontrar a melhor interpretação, ainda que essa ideia seja elaborada por critérios de aceitabilidade variantes, são indistinguíveis e, ao mesmo tempo, constitutivos da própria atividade que se nomeia interpretativa.

Um exemplo pode aclarar essa concepção.

Um químico que acredita que a química deve ser estudada para engrandecer seu país ou porque se admira com as reações das moléculas (objetivos justificativos) não afeta o método

⁵⁴ Não é coincidência que as correntes mais criticadas por Dworkin são o positivismo jurídico e o utilitarismo.

⁵⁵ No caso da teoria de Dworkin, é obter a melhor compreensão no gênero.

químico que será utilizado na perseguição do objetivo intrínseco: a verdade química. Isto é, o objetivo justificativo pôde variar e existir separadamente do objetivo intrínseco.

Já um intérprete de uma lei, inserido na apontada “indistinção” entre objetivos intrínsecos e justificativos, vivenciará o fato de que qualquer alteração em seu intento justificatório afetará a *episteme*, isto é, qualquer finalidade motivadora que justifique sua atividade estará umbilicalmente ligada ao modo de concretização dos objetivos intrínsecos: a verdade interpretativa das normas de uma comunidade.

É daí que nasce uma das objeções mais profundas à tese positivista da possibilidade de descrição objetiva do fenômeno jurídico, a de que a epistemologia dessa teoria altera a forma como o intérprete do Direito irá enunciar as proposições jurídicas com pretensões de validade.

Ao apontar o objetivo intrínseco da “ciência jurídica”, mantém submerso um objetivo justificatório que redefine o primeiro sem que os positivistas, pelo menos os não normativos, percebam-na e/ou a exponham.

Essa objeção está articulada com outras críticas que serão postas sistematicamente, de maneira a se permitir avançar no pensamento filósofo do direito em direção à possibilidade de fornecer alternativas de melhores interpretações a disputadas noções que permeiam o debate intenso atual sobre a liberdade de expressão.

3.2 Aspectos principais do debate com o positivismo jurídico

Na tradição anglo-americana, Ronald Dworkin inicia sua contribuição mais proeminente à teoria do direito como um crítico do positivismo jurídico nas teses fundamentais deste pensamento, quais sejam: a de que existe uma separação entre o direito e a moral, os quais, no máximo, só podem estar associados contingencialmente (aspecto também ligado comumente às perspectivas normativistas e legalistas); de que dada a necessidade de cotejo entre tais marcos e as situações individuais, os juízes são dotados de graus de discricionariedade e que o direito possui fontes sociais que identificam sua existência e validade.

Para este autor, no âmago da teoria positivista, há a descrição do direito como um fato, de maneira a excluir quaisquer obrigações “pré-jurídicas”, as quais, em termos positivistas, são aquelas normas que não são emanadas pelas fontes reconhecidas, porque a natureza das normas jurídicas é um dado que deve ser descrito por uma espécie de “cientista” jurídico, sem que valorações, sobretudo de natureza moral, a respeito da conveniência ou não da consideração de pertencimento ao sistema, interfiram no conceito que se busca extrair da prática social denominada Direito.

Todavia, essa concepção descritiva de pretensões fiscalistas é carente de uma explicação a respeito da legitimação, que se dá por meio da justificação, a qual se promove ao enunciar as proposições das normas produzidas por determinadas fontes como jurídicas.

Isto é, ao se afirmar como “direito” algo a ser obedecido, automaticamente, elabora-se um elemento de caráter justificador da coerção perpetrada pela fonte referida, em regra, pelo Estado.

Em outras palavras, defende o autor americano a ideia de que há associação direta entre o Direito e a justificação da coerção oficial, de modo que uma conceituação do Direito deve, necessariamente, justificar essa mesma conceituação porque, diante do “marcador” conceitual “direito”, há, inequivocamente, uma pretensão de legitimidade quando se coteja com atos coercitivos não oficiais ou não considerados jurídicos.

Evidencia-se, portanto, uma impossibilidade do intérprete de, no mundo da linguagem, o qual condiciona e limita a compreensão, arrogar-se uma posição externa despida de preconceitos, como foi visto nas constatações realizadas por Gadamer (Miguel, 2012, p. 254) e que Dworkin também o faz ao enunciar sua rejeição à “posição arquimediana” em relação à moral.

Desse modo, as teorias do direito que o consideram como um fato bruto são fiscalistas, e o próprio positivismo é um exemplo. Tais teorias impedem o entendimento dos conflitos interpretativos que estão pautados não na questão semântica, ou seja, que versam sobre qual o significado dos termos normativos, mas na própria concepção prévia, a qual, por sua vez, é de ordem teórica moral, que se tem da prática social e que atua sobre o intérprete quando da interpretação dos termos.

Para justificar sua objeção, Dworkin (2012, p. 167–168) faz a separação entre os conceitos criteriais e os conceitos interpretativos.

A classificação de um conceito como criterial só ocorre no momento em que há compartilhamento desse conceito “quando, e só quando” se utilizam critérios iguais para identificação, como se faz em relação a um triângulo equilátero ou em relação a uma pessoa careca⁵⁶, respectivamente, uma figura geométrica de três lados de mesma medida e um indivíduo sem cabelos.

Por isso, entra-se em um acordo, porque há acordo quanto aos critérios.

⁵⁶ Dworkin (2012, p. 167 - 168), neste ponto, faz uma nova classificação entre os conceitos criteriais rigorosos: são como o do triângulo e os conceitos criteriais vagos como o do careca, já que, sobre este último, o critério a respeito de quantos fios são necessários ter para não ser careca diferirá marginalmente em termo de nível.

Dessa maneira, o desacordo que vier a ocorrer será falso, porque recairá sobre o uso adequado dos critérios em certos momentos e não sobre os critérios definidores.

Outro é o caso dos conceitos interpretativos, como o direito.

Na vida social prática, o tratamento a determinados conceitos que identificam determinado valor ou desvalor mudam ao tempo em que se discorda de ou concorda com a identificação ou a caracterização (Dworkin, 2012, p. 168), e estas são alimentadas por concepções anteriores ao próprio contato com o “material” da prática, isto é, sobre as ideias prévias do intérprete a respeito do que deve ser reconhecido como “legítimo conceito” e de qual forma isto será realizado.

Isso porque a abertura a este nível de compreensão das divergências⁵⁷ de alto nível teórico revelam, em relação ao fenômeno jurídico, sua natureza essencialmente argumentativa de disputa, a qual envolverá fatalmente a impressão de propósitos diferenciados, os quais, por sua vez, afetarão a interpretação que se terá do fenômeno.

Daí também decorre o ataque frontal de Dworkin (2003a, p. 40 - 41) à tese da separação entre direito e moral e a perspectiva pretensa e exclusivamente descritiva do positivismo de Herbert Hart, considerada pelo autor a versão mais refinada da referida corrente.

Em suas palavras, Dworkin (2012, p. 412) pede que:

Suponhamos que vemos a questão como legal. Olhamos para materiais legais - constituições, regulamentos, decisões judiciais, práticas consuetudinárias, etc. - e perguntamos: o que é que a leitura correta de todo este material diz acerca da relação entre direito e moral? Não podemos responder a esta pergunta sem termos à mão uma teoria sobre como ler material legal, e só podemos ter essa teoria depois de termos decidido qual o papel que a moral desempenha na determinação do conteúdo do direito. Quando perguntamos se o material legal demonstra ou nega uma relação entre direito e moral, será que supomos que o material inclui não só regras com um *pedigree* na prática convencional, mas também os princípios necessários para justificar essas regras? Em caso negativo, baseámo-nos no positivismo desde o início e não nos devemos surpreender por encontrar o positivismo no fim. No entanto, se incluirmos princípios justificativos, baseámo-nos no interpretativismo.

Além disso, por meio do “agulhão semântico” ou *semantic sting*, o positivismo tenta restringir esses desacordos a um nível prático consensual, recolocando-os como uma divergência solucionável por meio da tentativa de uma correspondência fática ou “física”

⁵⁷ “A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas a divergência teórica no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática. [...] Advogados e juízes têm, de fato, divergências teóricas. Divergem, por exemplo, sobre o que o direito realmente é, sobre a questão da segregação racial ou dos acidentes de trabalho, mesmo quando estão de acordo sobre as leis que foram aplicadas, e sobre o que as autoridades públicas disseram e pensaram no passado.” (Dworkin, 2003a, p. 8)

verificável simplesmente ao se recorrer a critérios compartilhados nas práticas, o que inviabiliza o trato com conceitos interpretativos (Macedo Júnior, 2013, p. 183 – 184).

A crítica dworkiniana refere-se à ideia de que os desacordos no direito não são restritos⁵⁸ à aplicação de uma consensualidade considerada como “fato bruto”, mas que aqueles abrangem elementos teóricos que não são pacíficos a despeito de algum critério convencionalista inicial e implicitamente adotado pelos positivistas.

Em outras palavras, no positivismo jurídico, existe uma escolha metodológica prévia ao que será reconhecido como direito, a qual não deixa de possuir uma orientação também de ordem metodológica, pré-jurídica e teoricamente desdobrável em teses políticas e teses morais de fundo.

Por isso, a ideia positivista de separação entre direito e moral termina por ser prejudicada, porque, na ausência de um local privilegiado “fora de moralidades” ou “neutro”, toda pretensão analítica já está imersa em pré-compreensões sobre o sentido moral que deve ser dado na atividade interpretativa a ser realizada, como revela a opção implícita pelos pressupostos acima tratados.

Para explicar esse processo, por sua vez, Dworkin elabora a ideia de que há, na interpretação, etapas que são desconsideradas pelos positivistas, quais sejam: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa.

Durante a etapa pré-interpretativa, identifica-se e qualifica-se o objeto de interpretação recorrendo aos materiais que integram substancialmente a prática.

Porém, o caráter prévio desse momento é acompanhado por uma advertência do filósofo de que já há, neste estágio, um nível de interpretação operando para identificar esse material consensual de que se possa partir⁵⁹.

Já na etapa interpretativa, ocorre a busca do intérprete pela justificação geral do propósito perseguido pela prática que está envolvido, justificativa esta que, nas palavras de Dworkin (2003a, p. 81),

(...) não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.

⁵⁸ A “não restrição” foi afirmada para não excluir as situações que podem, eventualmente, ser resolvidas pela concepção semântica (Macedo Júnior, 2013, p. 185).

⁵⁹ O fato, por exemplo, de o intérprete considerar como jurídica a ordem de um Estado da federação que majora algum tributo relacionado ao gás de cozinha e não considerar jurídica a solicitação de taxa pelo gás realizada por milicianos locais indica que, em nível mais abstrato, adere à tese política de que o Estado possui uma legitimidade que a milícia não tem, e, caso se aprofunde, sua posição política é justificada pelo seguimento de uma teoria moral que justifica o Estado naqueles moldes e com aqueles poderes.

Por fim, na etapa pós-interpretativa, ocorre um ajuste (*fit*) entre o material identificado na primeira etapa e sua justificativa para estruturar a aplicação do Direito na sua melhor luz, dentre as possibilidades que os elementos permitem.

De sorte que há uma interconexão entre a melhor justificação moral com o apontamento da melhor interpretação jurídica, envolvendo, nesse íterim, inclusive, a introdução, a modificação ou a suplantação de elementos presentes no material identificado na primeira etapa, orientando-os ao propósito moral que subjaz à prática.

Por essa razão, a interpretação jurídica será necessariamente construtiva, porque é uma atividade que está realmente numa tradição, portanto, atada a horizontes pré-compreensivos, porém aberta⁶⁰ à superação e à modificação em face da consciência crítica desse contexto.

Prossegue Dworkin (2012, p. 414), em meio a suas críticas à separação entre direito e moral, propondo que se rejeite

(...) o velho quadro que descreve o direito e a moral como dois sistemas separados e depois procura ou nega, infrutiferamente, interligações entre eles. Substituímo-lo por um quadro de um sistema; tratamos agora o direito como parte da moral política. Isto pode parecer absurdo a alguns leitores e paradoxal a outros. Parece sugerir, de forma idiota, que o direito de uma comunidade é sempre exatamente aquilo que deveria ser.

Em suma, para este filósofo do direito, a separação apontada não faz sentido, porque o “objeto” interpretativo é delineado pela estrutura prévia do intérprete que irá estabelecer aquelas ideias sobre o que poderá ser identificado como aquele “objeto”.

Esta situação verifica-se na moral e no direito e está intimamente ligado ao nível de interpretação conceitual, anteriormente apontada como tipo de interpretação em que a separação entre criador e intérprete é apagada, justamente porque o objeto de interpretação é criado também pelo intérprete, e nisso se incluem os conceitos de direito, de justiça, de liberdade, de igualdade, de democracia, entre outros igualmente disputados (Dworkin, 2012, p. 166).

Contudo, apesar da abstração de tais conceitos, trata-se de interpretações construtivas e não meramente especulativas por deleite intelectual. Elas tentam apresentar o conjunto da “tradição” onde estão inscritas por um vínculo de integridade, porque a finalidade do intérprete é interpretar o ponto essencial e a estrutura, por exemplo, da jurisdição de uma comunidade, não uma parte ou seção específica desta última.

Necessário se faz, então, escavar em direção a alguns cânones positivistas contra os quais Ronald Dworkin realiza a crítica e constrói sua teoria do direito.

⁶⁰ Esse processo é muito semelhante ao equilíbrio reflexivo proposto pelo teórico da justiça John Rawls, sobre o qual se versará no próximo capítulo.

3.3 Os níveis e as ocasiões de interpretação

Segundo Dworkin (2012, p. 142), do mesmo jeito que um filósofo da moralidade recolhe as opiniões morais, nas esferas teóricas e práticas, e, em exercício reflexivo, tenta harmonizá-las, reinterpretando-as e as justificando de maneira simultânea para alcançar uma situação de integração tal, que cada parte explique, justifique e seja decorrente do todo, o intérprete jurídico procede, mesmo sem a necessária consciência desse ato, em relação ao direito.

Em verdade, a maioria dos interpretes não possuem conscientemente articulação teórica sobre as formas de interpretação e fazem uso inconsciente de “um conjunto de pressupostos não articulados” adquiridos na restrita experiência e na formação que possuem, cujas reflexões orbitam pressupostos de uma “subcultura interpretativa” à qual pertencem, e isso leva à constatação de convencimento em relação a determinada interpretação, alegando-se, no mais das vezes, em constatação, como a de que seja fruto do que o intérprete “apenas vê” no objeto (Dworkin, 2012, p. 140).

Assim, as conclusões positivistas acerca de regras claras ou cinzentas e de casos fáceis e difíceis são explicadas mais adequadamente como uma ocasionalidade do fácil ou dificultado trato que as preconcepções têm em relação ao material jurídico ou com os casos práticos.

Aliás, em torno do “material autorizado”, são evidenciadas algumas inconsistências positivistas, sobretudo em relação à identificação da validade das normas.

Regras como a de reconhecimento de Hart, implícita e que obriga os oficiais do sistema jurídico a atuarem para aplicar as demais normas válidas, são limitadas para identificar os princípios jurídicos que são extraíveis dos vereditos jurídicos (Calsamiglia, 1985, p. 162), utilizados, de acordo Dworkin, como material autorizado e válido para a decisão judicial, mesmo que não vinculado a uma fonte social reconhecida.

Ocorrendo situações nas quais os juízes julgam por princípios e por questões de moralidade e justiça, e não por alguma convenção, leva à conclusão de que a validade jurídica da norma não tem a própria prática social convencionada, a qual daria o *pedigree*, evidenciada pela “descrição realizada pelo jurista positivista”, como fonte.

Afinal, se a regra de reconhecimento de Herbert Hart, especificamente criticada pelo Dworkin, é uma norma social constituída das práticas e comportamentos compartilhados dos membros de uma sociedade, tais como juízes e funcionários estatais, em havendo divergência sobre a regra que fornece os critérios de validade jurídica, tal regra deixaria de funcionar (Orunesu, 2012, p. 234) instantaneamente.

Dessa maneira, o modelo interpretativo (Dworkin, 2012, p. 410 – 411) foge desse entrave porque referenda a validade da norma por critérios de princípios morais, os quais colocam as práticas e as doutrinas da melhor forma, visto que não separa cabalmente o direito e a moral como sistemas independentes e inclui normas principiológicas que não apenas justificam as regras promulgadas na sociedade, mas criam outras as quais não passaram por esse rito oficial de promulgação, uma vez que o próprio conceito de “lei”, e também de direito, passam a ser considerados também passíveis de interpretação.

A respeito, Dworkin (2012, p. 139) sugere três níveis de interpretação: a primeira é individualizar as práticas (é jurídica e não literária, por exemplo); a segunda é a de dar sentido ao gênero ou subgênero que se acha pertinente e, por último, buscar identificar a melhor compreensão desse sentido no momento particular.

Assim, para a tese dworkiniana (Dworkin, 2012, p. 143), deve-se, inicialmente, identificar a prática ou a tradição, a cuja interpretação pertence, depois buscar os pressupostos sobre a finalidade da prática e, por último, defender, na arena argumentativa, que a interpretação a que se chegou percebe melhor os pressupostos da etapa anterior melhor que as demais.

Convergências gradativas da maior para o menor são necessárias nesses três níveis, porque, no primeiro, é preciso um acordo sobre o que vale como interpretação jurídica em vez de literária ou outra forma; no segundo, caso não haja anuência que interpretar uma lei é um “exercício político” com determinado *telos*, não se avançará na interpretação comunitária; terceiro, a interpretação encontrada é que é melhor dar luz às pressuposições de intencionalidade a respeito do objeto.

Só é possível aferir as quantidades de convergência exigida e de divergência tolerada depois do exercício: se foi frutífero e se obteve sucesso, ou, caso tenha se perdido em um pântano argumentativo, não foi bem-sucedida (Dworkin, 2012, p. 139).

Como não há “interpretação em geral”, o sucesso ou insucesso só será reivindicável dentro de um gênero interpretativo que terá sido escolhido quando do primeiro nível.

Caso se tome a interpretação dos juízos morais, esta implicaria ter como orientação a noção de juízo moral verdadeiro, que, como visto anteriormente, não está na correspondência com o mundo natural e iria ser o norte para confirmar o valor de verdade da afirmação moral, adentrando o intérprete, por sua vez, numa disputa argumentativa (Dworkin, 2012, p. 23), em torno da melhor versão da interpretação que terá esta qualidade, possuindo como referência e como parâmetro⁶¹ um valor (Dworkin, 2012, p. 24).

⁶¹ Por exemplo, uma afirmação de que há ou não uma maneira correta de apreciar uma obra de arte é uma afirmação de natureza interpretativa sustentada por alguma teoria (Dworkin, 2012, p. 135).

Assim, orbitam as questões relativas à metodologia da teoria do direito (Macedo Júnior, 2013, p. 26), dentre elas, a que versa sobre a possibilidade de se construir um método próprio ou se a investigação empírico-causal do naturalismo seria suficiente para conhecer o fenômeno jurídico.

Por duas razões, convém aplicar as conclusões dworkinianas ao direito. A primeira razão se dá porque o direito é um ramo da moralidade política (Dworkin, 2012, p. 414), conforme será evidenciado no capítulo destinado às teses políticas de Dworkin, e a segunda razão é que esta consiste na abordagem ou na epistemologia adequada⁶² aos campos de pensamento das humanidades (Dworkin, 2012, p. 28), que não decorrem de razões puras, como a matemática, ou de razões físicas ou naturais, como a química ou a biologia.

Como a proposição jurídica verdadeira para Dworkin é aquela balizada pelos princípios que justificam melhor as práticas presentes no sistema jurídico (Greenberg, 2006, p. 226 *apud* Macedo Júnior, 2013, p. 32), o critério de objetividade é o cabível no contexto jurídico, o qual, sendo argumentativo, possui seu jogo de linguagem regulado por uma concepção de objetividade diferente da fisicalista das ciências naturais, as quais permitem e admitem um olhar externo (Macedo Júnior, 2013, p. 48).

Por isso, recorre-se ao expediente de enumerar gêneros ou “ocasiões de interpretação” que esmiuçam esses processos particulares⁶³ das ciências geralmente nomeadas como humanas.

Inicialmente, portanto, haverá a ocasião colaborativa a respeito da interpretação, como a ideia de que o objeto de interpretação possui um criador, que deu começo ao projeto sobre o qual o intérprete busca prosseguir em parceria no intuito de revelar aquilo que autor tinha pretensão de comunicar.

Um exemplo pertinente é o caso da “interpretação conversacional”, quando há o domínio da averiguação das intenções de quem fala, porque o sentido de se interpretar é se comunicar quase sempre (Dworkin, 2012, p. 157).

Mesmo um juiz que se veja em subordinação aos legisladores, os quais produzem as leis que ele interpreta, justifica sua posição subordinada porque partilha com os autores algum projeto de justiça (Dworkin, 2012, p. 143-144). Por outro lado, caso decida supostamente em

⁶² Rememore-se a interpretação que Dworkin faz da “guilhotina de Hume” não como o fim da possibilidade de se pensar as áreas das humanidades, mas como a libertação das restrições do fisicalismo.

⁶³ Segundo Dworkin (2012, p. 147), essas ocasiões interpretativas poderão ser independentes, complementares ou concorrentes. Ou seja, é possível que as três formas de interpretação apontadas ocorram sem choques, porém sem ligações, ou se enriqueçam simultaneamente, elucidando mais do que individualmente considerada ou que geram conclusões que neguem outra.

negação ao comando legislativo, essa negativa se pautará na ideia de que o esforço do autor não gerou algo bom que deveria ter gerado ou que uma lei que deveria ser justa e não foi⁶⁴.

Há também a ocasião explicativa a respeito da interpretação, na qual se objetiva não uma parceria com algum autor, mas o destaque de algum significado para uma determinada audiência.

Como se faz no estudo da história ou da sociologia do qual, por exemplo, na atividade de explicar o nazismo, isto é, de realizar uma interpretação sobre ele, não decorre uma parceria com nazistas (Dworkin, 2012, p. 144).

Por fim, na ocasião “conceptual” da interpretação, busca-se pelo significado de determinado conceito que foi produzido e reproduzido por uma comunidade na qual o intérprete se inclui.

A linha entre autor e intérprete desaparece, não porque a tarefa será governada pelo querer do intérprete, tornando-se uma espécie de “senhor do significado”, mas porque sua atividade interpretativa alterará o objeto, isto é, alterará o problema interpretativo a ser apresentado pelos intérpretes posteriores e para eles (Dworkin, 2012, p. 144).

Exemplos mais evidentes ocorrem quando há disputa de interpretação sobre a justiça, a democracia, entre outros já referidos “conceitos interpretativos”.

Essas disputas estão presentes também nas concepções de direito, uma vez que, por exemplo, uma discordância a respeito da melhor interpretação da democracia vai alterar a conclusão da melhor interpretação de algum dispositivo constitucional que verse sobre a igualdade (Dworkin, 2012, p. 141).

A isto, Dworkin chama de “desacordos submersos”, dos quais se falou e que estão presentes na atividade do jurista e avançam a uma “ascensão de justificação”, por meio da qual os juízos exprimidos devem ser postos à prova por intermédio de uma reconstituição, ou reconstrução, das ligações que possuam com princípios, ideias e concepções mais abrangentes.

Esta reconstrução sugerida por Dworkin (2012, p. 140) busca expor, não com exatidão máxima por se estar a falar de ausência de articulação, esses pressupostos “submersos” que dão senso de convencimento ao intérprete e que confirmam determinada intuição de que as afirmações oriundas de interpretações podem ser verdadeiras.

Então, a partir dessa concepção no campo jurídico, a um estado espiritual do legislador, responde o autor à necessidade de se levar em consideração uma concepção particular de

⁶⁴ Especificamente sobre esse “juízo negativo”, poder-se-ia dizer um discurso na “interpretação conversacional” que deveria ser claro e não foi, ou de um poema que era para ser singular e foi banal (Dworkin, 2012, p. 144).

moralidade social que pressupõe a própria comunidade política (Dworkin, 2002, p. 197-198). Isto é:

Os juristas devem basear-se em pressupostos mais apurados e mais complexos do valor da sua prática, para decidirem entre interpretações antagónicas. Têm de decidir, por exemplo, levando em conta todos os aspetos, qual é a melhor divisão da autoridade política dos diferentes ramos do governo e da sociedade civil. Esta questão, por sua vez, impõe aos juristas americanos, pelo menos, outras questões mais gerais da teoria democrática; têm de reconhecer ou decidir, por exemplo, a partir da teoria ou do instinto, até que ponto os juízes não eleitos devem assumir uma autoridade para decidir qual das interpretações semanticamente existentes de um estatuto controverso produzirá a melhor lei. Cada uma destas questões, por seu lado, implica ainda mais questões, que exigirão, se forem abordadas, expedições mais profundas na teoria política e moral, que levam os juristas a distanciarem-se ainda mais do estatuto particular que constituía o seu desafio inicial (Dworkin, 2012, p. 141).

E a interpretação deverá ser realizada tendo como pressuposto que:

A interpretação estatutária visa tornar a governação da comunidade em causa mais imparcial, mais sensata e mais justa. Esta descrição corresponde àquilo que os juristas e os juízes fazem quando interpretam estatutos; justifica essa prática, de uma forma geral, e sugere, também de um modo muito geral, quais as normas apropriadas para se decidir qual é a melhor interpretação de um determinado estatuto. Mas isto é demasiado abstrato para ser útil na prática (Dworkin, 2012, p. 141).

Este processo exigirá, por parte do intérprete, ser moralmente responsável, o que, para Dworkin (2012, p. 109) significa que,

[...] se as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade geral, de modo a que cada uma suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente por nós abraçada. Se falharmos esse projeto interpretativo - e parece impossível obter um sucesso total -, não agimos inteiramente segundo a convicção e, portanto, não somos inteiramente responsáveis.

Diante desses aspectos, Dworkin começa a desenhar a tese do direito como integridade (Günter, 2004, p. 407), que combaterá a postura judicial de solipsismo, não propondo apenas uma mera coerência com a ordem preconcebida de forma objetiva, de maneira a atender necessidades das instituições sociais por estabilidade, mas sim a adoção da igual consideração a todos, que é uma orientação concatenada com a política, a moral e a ética⁶⁵, sendo o próximo objeto de análise.

⁶⁵ Estas últimas compreendidas em separado por Dworkin, mesmo diante das controvérsias anteriormente destacadas em torno das etimologias.

3.4 A discricionariedade, a interpretação moral e jurídica e a necessidade de integridade

Para o positivismo, pelo menos na modalidade hartiana, em alguns casos, o grau de indeterminação de uma regra abre uma margem da qual se vê que há mais de uma interpretação possível, cabendo aos juízes, em um ato de escolha, apontar qual versão da interpretação deve prevalecer.

Inicialmente, para lidar com isso, Dworkin (2012, p. 100) distingue incerteza de indeterminação: o incerto é uma conclusão ausente, uma não conclusão em que pode ser uma alternativa ou outra, é o fim de uma reflexão sem que se achem argumentos fortes, o que se traduz na falta de uma opinião para a qual é desnecessária uma razão substantiva que a caracteriza como tal.

Ao tratar, por sua vez, da indeterminação, tem-se que é necessário fazer uso de um argumento tão forte por ela quanto o faria por um que chegasse a uma conclusão positiva pela determinação, afinal, iria apontar para a ausência da verdade e da falsidade de asserções. E, para isso, seria necessária a apresentação de razões específicas para o que se fosse sustentar.

É produtivo para o esclarecimento desse ponto, ao lidar com o projeto de Dworkin (2012, p. 108), enquanto filósofo do direito, entender que esse autor, também como um filósofo moral que propõe uma metodologia⁶⁶ integrada, a qual está inserida numa teoria moral substantiva e não arquimediana.

Da mesma maneira que a moralidade tem como fundamento a própria moralidade, gerando a constatação de circularidade, sobretudo para os que esperam fundamentos morais fora da própria moralidade, a interpretação para Dworkin (2012, p. 139) é, necessariamente, interpretativa porque envolve, na busca pela verdade de sentido, que é a expectativa de toda interpretação, um juízo a respeito da identificação, de forma acertada, da pertinência de uma prática interpretativa utilizada para perceber os sentidos de determinado objeto de uma melhor maneira.

Uma interpretação jurídica, por seu tempo, será melhor, em relação ao direito, quando os sentidos forem apropriadamente atribuídos à prática de interpretação jurídica e sobre esta se fará um julgamento a respeito do fato de ser ou não apropriadamente identificada como pertinente à interpretação (Dworkin, 2012, p. 139).

⁶⁶ “Metodologia” essa que é construída para competir com o que ele qualifica como uma teoria moral implícita na tese positivista de que algumas normas jurídicas fornecem mais de uma interpretação e que a decisão estará na voluntariedade do juízo.

A ausência de posição filosófica e política sobre o direito, pretendida pelos positivistas, e também chamada de “ponto arquimediano” por Dworkin, a qual realiza a constatação de “indeterminação” diante das supostas lacunas e ensejando a discricionariedade judicial, revela-se um objetivo inalcançável.

Isto porque, para este Dworkin, qualquer proposição jurídica com pretensão de validade guarda em si uma profunda reflexão filosófica e política sobre o propósito do Direito a tal proposição, inclusive, pode estar em desacordo com outras proposições também levantadas pelos demais agentes.

De modo que, para além dos desacordos empíricos sobre a “aplicação do Direito”, as contendas jurídicas se originam de um nível mais elevado de abstração teórica e são dotadas de divergências morais significativas.

Assim, sua crítica, em nível filosófico, consistiu em uma forte reação à tese predominante da discricionariedade do positivismo jurídico, o qual dificulta a construção de um modelo decisório epistemologicamente controlável⁶⁷.

A bem da verdade, a abordagem positivista, pretensamente avaliativa do ponto de vista moral, respalda, por conseguinte, uma espécie de descontrole epistêmico da decisão, dado que o juiz, ao individualizar a norma à concretude do caso, terá um trunfo teórico que legitima a decisão judicial como objeto exclusivo de seu controle individual, o qual não está, necessariamente, atrelado ao desenvolvimento histórico da tradição jurídicas, aos propósitos morais do próprio Direito, do qual se serve a comunidade política e, ainda, a qualquer justificação do decidido em referência ao grau de consonância com todo o ordenamento jurídico, e isso termina por se traduzir numa opção de moralidade política, diga-se pouco democrática, disfarçadamente.

Não por outra razão, assevera Dworkin (2003a, p. 113):

⁶⁷ O que gerava uma perspectiva pautada pelos valores morais e discursivos esculpidos através de uma ideia de “livre convencimento” consagradora do subjetivismo dos juízes (Streck, 2017, p. 258), em detrimento da busca por uma resposta judicial que se apresenta como expressão da melhor interpretação possível, e não de um ato de vontade animado por uma disposição totalmente livre, pessoal e animado pelo espírito kelseniano (Kelsen, 1998, p. 249), para o qual, “na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.”

O voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito.

Haverá, então, um dever que implicará a mudança de postura jurisdicional teórica, que deixará de ser encarada como um procedimento mental de convencimento pessoal a respeito da devida interpretação das normas colocadas, cujo resultado é individualmente construído livre de constrangimentos, para ser compreendida como um procedimento mental de convencimento pessoal condicionado a imperativos hermenêuticos que não permitem contornar o desenvolvimento histórico, tampouco os propósitos justificatórios da própria coerção oficial⁶⁸.

A concretude da norma, individualizada pelo intérprete, que virá de um direito mais “abstrato”, não decorre dessa maneira simplesmente de uma subsunção aparentemente neutra, mas de uma teoria moral e política (Dworkin, 2000, p. 531) que irá justificar a concepção da permissividade como concepção concreta desse direito de forma subjacente (Dworkin, 2000, p. 533). E o descontrole democrático, acima referido, deve deixar de ser encarado como um fato natural, mas como uma opção prévia que é política e moralmente orientada.

Em outras palavras, na ausência um local privilegiado “fora de moralidades”, toda pretensão analítica já está imersa em pré-compreensões sobre o sentido moral que deve ser dado na atividade interpretativa a ser realizada, inclusive, em relação à escolha moral a respeito de um decisionismo desgovernado epistemologicamente, já que “uma opinião cética mais não é do que uma interpretação diferente” (Dworkin, 2012, p. 139) a respeito da prática, dos seus limites e de suas possibilidades.

A interpretação que Dworkin defende (2012, p. 138 – 139) deve ser compreendida como um fenômeno social, visto que só se interpreta pelo motivo de haver práticas e tradições de interpretação a que se pode aderir e, quando dessa aderência, haja vista que o aderir já representa a ideia de que não se acha tais práticas inúteis, a busca pela verdade se torna a afirmação do que se pensa ser a verdade no seu sentido específico, em suas palavras, no “valor que oferece ou devia oferecer”.

O pensador americano também aponta as inconsistências positivistas no trato com a lacuna da discricionariedade judicial gerada e explicada pela tese da textura aberta hartiana em casos considerados não claros (Struchiner, 2002, p. 6), afirmando entender que, a despeito de,

⁶⁸ Dworkin busca afastar-se, definitivamente, da postura da judicatura solipsista de “minha convicção aponta para a interpretação X e o poder a mim conferido permite que eu a eleja como a adequada”, para uma disposição no seguinte modelo: “em face dos princípios que arquitetam moralmente essa comunidade e que revelam a justificação do direito reconhecido, bem como da história do desenvolvimento jurídico entre nós, a melhor interpretação jurídica será Y”.

em determinadas situações, não existirem regras claras, não é incomum aos juízes o apelo a normas não conclusivas e não emanadas diretamente das fontes reconhecidas de direito para tomarem suas decisões.

Dworkin (1999, p. 271), por isso, em relação a esses casos obscuros difíceis e, também, aos considerados fáceis, entende que o julgador deve identificar os direitos e os deveres pertinentes aos casos apresentados, anuindo com o pressuposto de que foram criados por um autor dotado de uma “única voz” e caracterizado como uma “comunidade personificada”.

De forma que seria inconcebível a defesa de teses que não implique a possibilidade de encontrar uma resposta correta aos casos jurídicos apresentados aos julgadores por meio de uma concepção da integridade.

Esta integridade, na deliberação judicial ou adjudicação (Dworkin, 1999, p. 261), significa, em outras palavras, que os julgadores devem interpretar o ordenamento jurídico de maneira que, neste, esteja subentendido um “conjunto coerente de princípios”, e, para atenderem a este “subentendimento”, promoverão o expediente interpretativo orientado por este ideal político de dar um sentido holístico à história da prática jurídica, o qual revelará o direito na sua “melhor luz”, bem como implicará o “interesse de cada um por tudo que é suficientemente especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias segundo as normas de obrigação comunitária” (Dworkin, 1999, p. 260).

A comunidade personificada orientada para a integridade seria uma comunidade organizada por princípios, na qual os membros sejam dotados de igual respeito e reconhecimento, em que decisões são justificadas por princípios aceitos por todos, de modo a se contrapor a concepções de comunidade cuja constituição está vinculada a interesses de natureza pragmática ou à mera subordinação ao sistema de regras (Günter, 2004, p. 409).

O Direito como integridade oferecerá, nestes termos, uma interpretação construtiva melhor em relação à prática jurídica, e a melhor das interpretações só poderá ser dada a partir de uma perspectiva moral, que, no caso do direito, perpassa a política (Günter, 2004, p. 412).

No próximo tópico, a tese do direito como integridade será mais detidamente explanada e relacionada com as questões até aqui debatidas.

3.5 O processo da integridade judicial

Em primeiro lugar, cabe salientar que Dworkin (1999, p. 213) separa a integridade política em dois princípios: um com vistas a orientar ao legislador para manter o conjunto das

leis produzidas com coerência moral, e outro de caráter jurisdicional que exige a interpretação judicial coerente.

De maneira resumida, pode-se compreender que a integridade legislativa para o citado pensador diz respeito às atividades dos legisladores ao criar ou modificar os padrões normativos públicos e a integridade adjudicativa ou judicial como fruto da virtude política dos juízes consistente em expressar e respeitar padrões principiológicos implícitos coerentes (Pogrebinski, 2012, p. 1), os quais permitem chegar a um resultado específico correto.

Isso porque, para Dworkin, em face da indeterminação das regras jurídicas, resta ao intérprete se valer de direitos ou de princípios que não estão integralizados na ordem jurídica por meio de uma regra de reconhecimento e, dentre estes, aponta como essenciais a igual consideração e o igual respeito (Günter, 2004, p. 404 – 405), que, mais adiante, serão mais bem investigados.

Em cada decisão, o juiz concerta uma ligação coerente entre o decidido e uma teoria política geral (Günter, 2004, p. 405), uma vez que as regras e os princípios aceitos pela comunidade política devem justificar da melhor forma a formulação jurídica emanada para a sociedade e com eles ser compatível.

A esta postura, Dworkin dá o nome de integridade (Günter, 2004, p. 407)

Não haveria espaço, adotando-se a integridade⁶⁹ como paradigma compreensivo do direito, para decisões judiciais que se justifiquem como fruto de uma escolha possível e disponível aos julgadores para pronunciarem-se com suas vozes pessoais simplesmente impregnadas de poder legiferante e livre em absoluto no que diz respeito às normas individuais concretas.

A integridade em Dworkin (2003a, p. 380) é uma atitude interpretativa, por isso intencional, dos eventos políticos da comunidade jurídica, e não uma busca por intenções⁷⁰ e pretensões dos legisladores como agentes envolvidos na criação específica de determinados marcos legais dotados de um estado espiritual a ser identificado.

⁶⁹ Klaus Günter (2004, p. 412-413) distingue três possibilidades significativas com relação ao princípio da integridade, quais sejam: como a imparcialidade como regramento da argumentação, o que o aproxima do procedimentalismo habermasiano; como a intersubjetividade do Direito, marca pressuposta de uma convivência amalgamada por um sentido de que as pessoas estão sendo governadas por princípios comuns e não apenas celebrando um acordo político, acrescida da noção de que iguais consideração e respeito limitam as liberdades exatamente pelo caráter intersubjetivo ao reconhecer os demais; e, como a adequação da argumentação jurídica que ao ser igualitária no tratamento dos casos ocasiona o reconhecimento de diferenças e produção de colisões desenvolvidas argumentativamente.

⁷⁰ Refutada na seara literária como “falácia intencional”, porque, ao publicizar uma obra, o autor se torna apenas um “primeiro leitor”, nos termos de Paul Ricoeur citado por Dworkin (2012, p. 138)

Essa atividade decisória do direito como integridade exige uma interpretação incessante e itinerante na qual, até mesmo a divergência (Dworkin, 1999, p. 287), por força do comprometimento com a integridade, confirma e realiza o propósito desta, qual seja, “de ser uma comunidade de princípios” estruturados coerentemente (Dworkin, 1999, p. 291) e, por isso, apta a encontrar as respostas corretas à luz do Direito argumentativamente.

Desse modo, para entendermos sua proposta, mostra-se indispensável tratar da diferença que Dworkin (1999, p. 265) entre a integridade e a coerência.

Enquanto a segunda é concebida como uma unidade dos posicionamentos jurídicos dos órgãos julgadores que devem ser aplicados de forma isonômica, a primeira supõe a adesão a uma concepção de direito, que se expressa dinamicamente, de investigação e de interpretação, por força do caráter hermenêutico das normas, de maneira a não possuir uma ligação necessária e exclusiva com o reforço das decisões anteriores, sob algum receio de não incorrer em “incoerência”.

Essa situação de “tensão entre integridade e coerência” (Miguel, 2012, p. 248) se estabelece quando o intérprete lida com a tradição à qual pertence e à qual está vinculado ao mesmo tempo em que se abre à superação desses “condicionantes” que atuam, inclusive, em nível pré-compreensivo.

Assim, a estrutura de princípios implícitos, que tentará trazer à decisão prolatada sua melhor justificação moral comunitária, pode ter base em algum aspecto não enfrentado pela tese outrora vencedora, para que não se consagre, em nome da coerência, a manutenção de erros de julgamento que não revelaram o direito no seu melhor aspecto moral.

Para tanto, o conceito de integridade terá, inclusive, mais limites que o de coerência, porque, enquanto a última se volta para o passado, considerando-o como um marcador de “limites” verticais interpretativos, aquela propõe que se retorne criativamente da jurisprudência formada preteritamente ao ato interpretativo atual, como maneira de reconstrução do melhor sentido da história da prática jurídica (Dworkin, 1999, p. 274).

Mantendo-se focada nas determinações do presente e, também, no potencial criativo revelador de uma interpretação melhor, é possível, portanto, modificar uma justificação jurídica anterior⁷¹, por exemplo, quando não se consideraram determinados elementos ou aspectos (Günter, 2004, p. 405).

A exigência da integridade do direito é de que determinados princípios sustentem as decisões jurídicas das autoridades, o que implicará a invalidação dos decididos baseados

⁷¹ Além de que, mesmo com a própria aplicação futura do precedente a um novo caso, se terá de forma inescapável uma nova interpretação por parte dos juízes (Neto; Zaneti, 2016, p. 17).

meramente em concessões políticas e em posturas estratégicas de agentes decisores (Dworkin, 2003b, p. 221).

Em outras palavras, significa o rechaço à “quebra da cadeia discursiva”, conforme afirma Streck (2014, p. 1), a ser perpetrada por um simples ato de vontade do juiz em mudar a orientação jurídica de acordo com as demandas que lhes são apresentadas para realizar alguma engenharia política ou instrumentalismo a algum intento estratégico.

Isso seria evitado quando se considera que qualquer mudança na “cadeia discursiva” do direito tem que, argumentativamente, justificar-se perante uma história judicial e uma comunidade de princípios, pressupostos às próprias regras postas, que são descobertos argumentativo e hermeneuticamente⁷².

Assim, a proteção à integridade do direito se dá por um mecanismo que não apenas pretende apresentar uma resposta coerente com o ordenamento jurídico ou com o catálogo jurisprudencial existente, mas que constrói, interpretativamente, a resposta que, no momento, performe-se melhor (Dworkin, 1999, p. 287), mesmo nas hipóteses nas quais os juízes engajados nessa tarefa cheguem a respostas distintas.

A tese do “romance em cadeia” capta metafórica e epistemologicamente a proposta dworkiniana na qual

Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes (Dworkin, 1999, p. 276).

A outra metáfora, a da “teia inconsútil”, caminha no mesmo sentido integrativo, uma vez que visa demonstrar que o prosseguimento histórico do direito deve manter sua integridade no sentido de uma continuidade coerente, mas não meramente repetitiva (Dworkin, 2002, p. 177).

Deve ocorrer, então, tal como este “romance em cadeia”, no qual as determinações dos capítulos passados ou a “força gravitacional das decisões anteriores” são limitadas pelo propósito da interpretação da obra do qual o capítulo a ser escrito será resultado e justificação concomitantemente, da mesma maneira que os princípios que justificam as decisões operam sobre as interpretações novas (Dworkin, 2002, p. 117).

⁷² A consequência disso, conforme Streck (2014), é a democratização do direito porque as contraditas à centralidade do subjetivismo passam a integrar de forma fundamental o processo de desenvolvimento e interpretação.

Essa relação imbrincada e concomitante de adequação e justificação é alegoricamente desempenhada pelo juiz Hércules⁷³, que assume um compromisso com a tese do direito como integridade.

Sob este modelo ideal de juiz, os jurisdicionados não ficarão apenas cientes de quais normas e de quais decisões anteriores os governam, mas saberão que, diante de novos ou dos mesmos conflitos, redimensionados ou não, um refinamento na interpretação do decisor poderá captar aspectos novos aspectos que decorram dos princípios pressupostos das fixações de sentido anteriores, os quais estão em transformação orgânica (Dworkin, 1999, 229).

Chega-se ao ponto de que, mesmo que um julgador que, estando em compromisso com a adoção da visão do direito como integridade, discorde das respostas do juiz Hércules, por considerá-las insuficientes, não significaria um rompimento com o direito como integridade, mas um reforço à “causa” ou uma confirmação (Dworkin, 2003a, p. 287), já que seu esforço interpretativo construtivo da prática se pautou em seus parâmetros reconstrutivos que apontam na direção, ao seu ver, de uma resposta mais correta nos sentidos de coerência e justificação.

Por fim, se uma sociedade política encarar a integridade como virtude (Dworkin, 2003a, p. 228), terá, para além, da potencialidade, de exprimir seus valores articulados por valores coerentes, com autoridade moral para exercer a coerção por meio da força monopolizadora.

Embora, para Dworkin, haja essa interconexão necessária, para fins de compreensão mais completa da proposta para o domínio do direito, é indispensável escavar mais profundamente as raízes políticas de suas teses para se evitar o uso indevido, no que se refere aos fins, e equivocado, no que se refere ao entendimento, da teoria da integridade.

Esta justificará não apenas do ponto de vista jurídico, mas político e moral quanto à ideia do direito à liberdade de expressão à luz da teoria dworkianiana.

⁷³ Stephen Guest (1997, p. 39) aponta que o juiz Hércules é um ideal, tal como a idealização econômica de mercado perfeito de modo que se pode avaliar e criticar o real pelo ideal sem que para isso seja necessário afirmar que o ideal realmente exista.

4 DWORKIN E A TEORIA POLÍTICA

Neste capítulo, serão abordadas as bases éticas e filosóficas da teoria política dworkiniana, bem como a influência kantiana e o papel da teoria política na construção da sua teoria jurídica.

Este papel é, conforme se verá, de pressuposto organizado e encadeado envolvendo a ética, bem como o que o autor convenciou chamar de moral, a política e o direito em continuidade uns em relação aos outros.

Compreender-se-á o porquê de Ronald Dworkin (2012, p. 415) afirmar que toda teoria do direito, entendida como toda teoria que aponte uma direção no sentido de como se tratar os direitos, é uma teoria política que versa a respeito de quando as pessoas possuem obrigações jurídicas decorrentes da existência numa comunidade política.

Para tanto, também será abordada a investigação da legitimidade para interferência dos governos das comunidades sobre as vidas das pessoas integrantes.

Após, serão trazidas as críticas às teses utilitaristas a respeito da legitimação de determinadas decisões políticas, por parte dos governantes, expondo a noção do autor de “direitos como trunfos”.

Depois se avançará para o desenho da teoria política do liberalismo igualitário proposto por Dworkin, momento no qual serão apresentadas as justificativas que buscam legitimá-lo conjuntamente ao enfrentamento de questões relacionadas ao princípio democrático e ao mercado.

Será exposto como Dworkin redireciona a gênese do pensamento liberal, afastando-a de uma posição moral neutra com relação a valores, de maneira a afastar-se do ceticismo em questões de moralidade.

No mesmo sentido, mostrar-se-á como a teoria dworkiniana elege a igualdade, e não a liberdade, como fundamento de um liberalismo que seja eticamente comprometido, bem como se apresentarão as intersecções com o pensamento kantiano, do qual herda determinadas formulações.

Ademais, por meio do diálogo com o filósofo político John Rawls, autor paradigmático do contratualismo contemporâneo, serão explicitadas as razões pelas quais Dworkin se inspira neste teórico para rejeitar um princípio da igualdade formulado a partir da concepção utilitarista, analisando as implicações sobre a teoria dos direitos.

No avançar do capítulo, serão expostas as diferenças envolvendo as ideias rawlsianas e as dworkinianas em relação à defesa política do liberalismo, abordando a continuidade e a necessidade de coerência entre o campo político e jurídico e questões éticas.

A conclusão tratará de apresentar como a tese dworkiniana, rejeitando a ideia de que representariam princípios antagônicos, concilia a liberdade com a igualdade.

Para tanto, defender-se-á que a proposta de formulação de um modelo ético que, para Dworkin, servirá de base ao pensamento liberal e engloba uma ética da vida boa e da moral política, de maneira que as escolhas políticas e jurídicas passem a ser interpretadas como decorrentes de noções mais abrangentes.

Dito isto, será possível dedicar-se apropriadamente do pensamento dworkiniano aplicada à teoria dos direitos a respeito da liberdade de expressão, evoluindo, no próximo capítulo, ao desafio de construção de uma resposta dworkiniana especificamente a liberdade de expressão artística.

4.1 A herança do deontologismo moral kantiano em Dworkin

Ronald Dworkin não é um filósofo que se engaja explicitamente com as ideias de Immanuel Kant, como alguns outros filósofos contemporâneos o fazem. No entanto, é possível identificar algumas influências kantianas na filosofia política e ética de Dworkin, especialmente em termos de preocupações morais, direitos individuais e justiça.

Inicialmente, é preciso ter em mente que Kant, no final do século XVIII, construindo seu sistema filosófico, defendeu a supremacia da razão prática sobre a razão pura por meio da consciência moral. Esta poderia guiar as pessoas em direção às verdades da metafísica reveladoras de um mundo composto por almas racionais e livres (Morente, 1930, p. 291 – 292).

O filósofo prussiano, ao indicar que a presença da “consciência moral” ocorre como uma atividade espiritual na vida humana, composta por princípios que orientam a conduta e permitem fazer juízos morais (Morente, 1930, p. 283), reintroduz o termo “razão prática” de Aristóteles, *a nous praktikós*, para argumentar que se constituem em juízos lógicos aplicados à ação, e não às coisas.

Kant (2001, BXXVIII – XXIX) argumenta que a moral depende da liberdade como propriedade da vontade, pois os princípios práticos da razão, fundamentais para a moral, têm origem na liberdade.

Essa liberdade, no entanto, não é para seguir vontades individuais, mas a que liberta destas últimas, sendo autônomo o ser que respeita a lei moral, sem ser movido por imperativos hipotéticos.

Em outros termos:

A lógica geral e pura está para ela como a moral pura, que contém apenas as necessárias leis morais de uma vontade livre em geral, está para o que é propriamente a doutrina das virtudes, que examina essas leis em relação aos obstáculos dos sentimentos, inclinações e paixões a que os homens estão mais ou menos sujeitos e que nunca pode constituir uma ciência verdadeira e demonstrada, porque, tal como a lógica aplicada, requer princípios empíricos e psicológicos (Kant, 2001, A55).

Sugere Kant (2001, A808 – 809) que a razão pura, apesar de sua aplicação não especulativa, abriga princípios que possibilitam a experiência, especialmente no âmbito prático e moral. Desse modo, ao proclamar que certas ações devem ocorrer de acordo com princípios morais, implica-se que não apenas podem acontecer, mas também que uma unidade sistemática moral é viável, ou seja, são passa a ser dotada de uma objetividade substancial, formulada, assim, a ideia de um “mundo moral” (Kant, 2001, A808 – 809) concebido como uma realidade inteligível.

Ao interpretar essa conclusão de Kant, Dworkin (2012, p. 274 – 275) reconhece que respeitar as leis morais não era um meio, em sentido do imperativo hipotético, para uma vida boa, mas expressava a performance do viver bem.

Este desempenho implicaria a necessidade de articular uma ética do autorrespeito capaz de garantir essa orientação moral à dignidade.

No entanto, Dworkin adverte que as interpretações dos princípios kantianos têm sido desenvolvidas de forma argumentativamente fraca, sugerindo uma maneira de interpretação própria.

O jusfilósofo americano ressalta que o respeito simultâneo em relação às outras vidas humanas e à própria vida do sujeito é matriz de valores cuja adoção gera obrigações morais, dentre os quais destaca, de maneira importante, a dignidade (Dworkin, 2012, p. 263).

O “princípio de humanidade”, de Kant, nas palavras de Dworkin (2012, p. 273), define como devemos avaliar a nós mesmos e nossos objetivos. Sendo que a consideração desses últimos deve ocorrer não apenas subjetivamente, mas também objetivamente.

A conclusão dworkiniana desse princípio é uma prescrição é de que, como condição para o valor que se atribui à própria vida ganhe a expressão objetiva, deve-se fazer refletir o valor da própria humanidade (Dworkin, 2012, p. 273). O que implica a consideração intrínseca

de respeito próprio concomitante ao reconhecimento desta mesma consideração em relação às vidas de todas as outras pessoas, concluindo que todos são fins em si mesmos, dotados de dignidade e sem equivalentes, isto é, sem preço.

Por sua vez, o respeito próprio aplicado à alteridade requererá o reconhecimento do sujeito como autônomo, o que pode ser entendido como a necessidade de aceitar os valores escolhidos para estruturar a vida.

Assim, para julgar a maneira correta de viver para si próprio e para os demais, é preciso resistir à coerção que tente usurpar essa autoridade que decorre da liberdade e funda o mundo moral, ainda que tal coerção seja oriunda de inclinações e interesses próprios. Do contrário, sacrificar-se-ia a dignidade.

Portanto, a instrumentalização da liberdade, sem a consideração como um fim em si mesma, significa estabelecer exigência distinta da que realiza a lei moral, ou mesmo que determinada conduta humana seja coincidente, do ponto de vista performativo, ao exigido moralmente. Não vem a se dar por respeito a esta legislação moral, mas por comandos hipotéticos a outros fins, o quais terminariam por tornar própria vida em fim destes.

Em relação ao direito, afirma Kant (2001, B61 – A44) que, ao se tentar conceituá-lo, mesmo que a partir de intuições vulgares, ainda se está no campo do entendimento e continua sendo uma representação da qualidade moral das ações, mesmo não sendo sensivelmente verificável. Por outro lado, a representação de um corpo físico na intuição ou mesmo vulgarmente seria apenas o fenômeno da coisa, sem percepção do objeto em si, o que justifica a diferença no âmbito “fiscalista” da sensibilidade em relação ao conhecimento do objeto em si mesmo.

Esse aspecto reforça, em Dworkin (2012, p. 274 – 275), a ideia de holismo em relação ao conhecimento moral antecipado em Kant.

Assim, trazendo influência das noções da ética kantiana, redimensiona o aspecto holístico para construir, por meio da elaboração de bons argumentos, as ligações entre a filosofia, a hermenêutica, a ética, os projetos políticos e, em continuidade, as teorias do direito.

4.2 Teoria política como pressuposto das teorias do Direito

Inicialmente, cabe salientar que, para Ronald Dworkin (2012, p. 20), a política é coercitiva, e isso necessariamente exige de quem exerce o poder a responsabilidade ao realizar essa atividade.

Esta referida responsabilidade pode ser traduzida na ideia de que tudo aquilo que é proposto à sociedade pelo agente do poder, como conteúdo da justiça, deve estar em consonância com os valores os quais se acredita serem verdadeiros.

Isso leva à necessidade de se desenvolver uma teoria da objetividade moral (Dworkin, 2012, p. 19). Tal teoria, conforme já abordado, depende da interpretação⁷⁴, e esta, por sua vez, é também dependente dos valores que são considerados socialmente justos.

Dworkin (2012, p. 14), respondendo a essa necessidade, indica, em relação específica à teoria da justiça, que um governo só possuirá legitimidade para exercer a coerção sobre os governados caso adira a dois princípios fundamentais que justificarão a distribuição social de recursos e honrarias.

Tais princípios consistem na igual preocupação com os submetidos ao governo e no respeito pelo direito e pela responsabilidade que envolvem os governados na vivência adequada sob seus próprios valores.

Estes princípios atuam como requisitos de legitimidade e se tornam verdadeiros limites para teorias de justiça aceitáveis na visão de Dworkin (2012, p. 14).

Isto porque o autor assume que qualquer distribuição é consequência de uma política e de um direito oficiais, baseados em questões de moralidade inescapáveis, sem neutralidade e sem pontos de avaliação situados fora da realidade moral.

De forma mais específica, pode-se dizer que a concepção de democracia, defendida como aceitável por Dworkin (2012, p. 17), demanda a proteção de direitos individuais à justiça, bem como a liberdade em face da ameaça do interesse majoritário à não concretização dos referidos direitos.

Para tanto, o citado filósofo do direito realizou críticas ao utilitarismo político por meio do desenvolvimento de uma teoria dos direitos que elevam estes à condição de trunfos dos indivíduos em face do poder político.

Assim, Dworkin, defendendo a concepção da democracia como um modelo de governabilidade, sob o qual se busca justificar a coerção inerente ao exercício do poder majoritário, integra ao respeito a dignidade humana e a consideração dos projetos éticos dos indivíduos.

Ao mesmo tempo, o modelo exige cooperação, participação e igualdade, no sentido de que nenhuma pessoa seja mais importante que a outra.

⁷⁴ Alguns dos conceitos que a sociedade compartilha, sobretudo os políticos, funcionam interpretativamente, visto que sobre eles há discordâncias de interpretação sobre quais valores esses conceitos representam, como estes valores devem ser expressos e como justificaram da melhor forma a prática (Dworkin, 2012, p. 18).

Dessa maneira, desenvolve uma concepção muito particular de liberalismo integrada a sua concepção de ética como um projeto de vida que visa fazer com que esta vida seja melhor, e a sua concepção de moral como uma movimentação comunitária dos valores desse projeto, culminando na necessidade de que o tratamento governamental a ser dado aos indivíduos ocorra com respeito e consideração.

Assim, um governo só gozaria de legitimidade de interferir na vida das pessoas impondo obrigações, caso considerasse todas estas como importantes à comunidade política, bem como responsáveis sobre a execução de seus projetos individuais (Dworkin, 2012, p. 338).

Desse modo, o sustentáculo dessa formulação seria a ideia de que há, no ordenamento jurídico, normas criadoras de obrigações jurídicas distintas das conhecidas regras de direito produzidas pelos órgãos oficiais de legislação.

Às referidas normas criadoras, dá-se o nome de princípios jurídicos.

Estes, por sua vez, podem ser compreendidos como recursos normativos que justificam a pretensão de direitos oponíveis, por isso trunfos, às políticas (decisões majoritárias da comunidade sobre os indivíduos integrantes) e às regras objetivamente orientadas por algum critério finalístico social em sua dimensão consequencialista.

Esses princípios também podem ser compreendidos como espécies de direitos “pré-jurídicos”, caso em que jurídico tenha sido considerado em sentido positivista, e que são comumente utilizados nas decisões judiciais, formando a arquitetura principiológica de uma comunidade política.

Estes princípios jurídicos justificariam, inclusive, o afastamento de tentativas de criação de obrigações, por parte de determinadas fontes jurídicas reconhecidas, que violem seus conteúdos.

Em outras palavras, a entrada em sociedade e a criação de obrigações teria como precedentes à positivação alguns limites concebidos anteriormente à própria constituição do Estado específico.

Assim, assumindo que tais direitos morais antecederam a institucionalização da coerção oficial, a esta poderão ser opostos aqueles, para que permaneça limitada e, mais importante, justificada.

Para defender esta tese, Dworkin (Calsamiglia, 1985, p. 159) escreve contra as escolas analíticas do direito e contra o utilitarismo.

Contra as primeiras tradições, aponta as falhas na possibilidade de conceberem direitos morais oponíveis ao comando estatal porque “o que é direito” fica aprisionado à fonte considerada oficial, legando a regulação da vida dos indivíduos à ingerência total da autoridade

“emanadora do direito”, posto que estaria legitimada pela proposição, aparentemente neutra em termos morais, de que desta adviriam os comandos que legitimamente devem ser considerados comandos de Direito.

Já a respeito das escolas utilitaristas, alerta para o risco de que o princípio da utilidade submeta as dimensões individuais dos sujeitos aos interesses de natureza coletiva, implicando um tratamento que submete ao bem-estar social o próprio indivíduo e seus projetos éticos.

Para mitigar esse risco, Dworkin desenvolve uma engenhosa concepção de “direitos como trunfos”, a qual será tratada no tópico a seguir.

4.3 Críticas ao utilitarismo e os “direitos como trunfos”

A tese política criticada fortemente por Dworkin (2000, p. 534 - 535) é o utilitarismo, o qual preceitua que uma situação comunitária melhor é aquela na qual há o atingimento de maior média de felicidade somada de seus membros.

Então, esse preceito passa a funcionar como base justificatória da interpretação utilitarista nos conflitos entre direitos, apontando ao intérprete qual dos pleitos em contenda deve prevalecer.

Voltando-se os olhos ao histórico relevante do utilitarismo como teoria social, encontra-se, como o pai do utilitarismo, o pensador inglês Jeremy Bentham.

Em seus escritos, Bentham (1989, p. 3) afirma que o mundo natural estabeleceu sobre as pessoas dois grandes soberanos: o prazer e a dor.

Estes “senhores” exercem controle e governo sobre as decisões dos seres humanos e, em decorrência disso, fomentam o reconhecimento de um princípio balizador que aprova ou desaprova qualquer ação humana: o princípio da utilidade.

A respeito dessa utilidade, afirma Bentham (1989, p. 4) que

(...) designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo.

Então, pela ótica do utilitarismo, os sujeitos têm, em razão do princípio da utilidade, a tendência de se comportar de maneira a maximizar suas utilidades³, ou seja, de buscar o

atendimento de seus próprios interesses; os quais restarão atendidos, afastando-se da dor e aproximando-se do prazer.

Logo, o utilitarismo jurídico consistiria na localização do fato empiricamente constatável do indivíduo que busca maximizar a utilidade como um objetivo fundamental e, a partir disso, elaborar um sistema ético objetivo (Bobbio, 1995, p. 92).

O raciocínio utilitarista aplicado à organização social ensinará, no âmbito jurídico, o desenvolvimento de uma “ciência da legislação” (Bobbio, 1995, p. 102), cujo objetivo maior será a concessão do maior número de benesses ao maior número de pessoas.

A partir daí, será possível constatar que a teoria utilitária guarda uma tese de fundo caracterizada pelo igualitarismo, o qual preceitua que todos os indivíduos são considerados igualmente como unidades do corpo social e partícipes do cálculo do bem-estar ou sofrimento total.

Esse igualitarismo seria o responsável pela concessão de legitimidade ao governo, o qual deverá, por conseguinte, perseguir o objetivo de levar o maior número de integrantes do seio social ao máximo bem-estar possível.

Para Ronald Dworkin (2000, p. 538), a justificativa supracitada é maior e o mais sedutor argumento utilitário.

Assim, o efeito de eventual afastamento de uma abordagem igualitária, por parte de alguma versão peculiar do utilitarismo, só faria com que o utilitarismo perdesse o direito de reivindicação, que, como tese política, faz a si mesmo como promotor de uma governabilidade social que dispensa tratamento igual a todas as pessoas.

Por esta razão, Dworkin (2000, p. 537) estabelece, inicialmente, sua crítica ao delimitar o diálogo com as teses do utilitarismo⁷⁵ que reivindiquem o oferecimento de uma concepção igualitária do tratamento governamental para com os indivíduos, indicando, complementarmente, que uma versão utilitarista na qual se distingam grupos de pessoas que merecem mais prazer que dor seria uma contradição⁷⁶, porque implicaria a adoção de uma teoria distinta do utilitarismo para servir de base para eventual distinção entre os indivíduos.

⁷⁵ No debate com o autor utilitarista Richard Wasserstrom, Dworkin (1965, p. 646) ataca a ideia de que interpretação judicial pode ter como alternativa segura uma concepção do direito de perspectiva utilitária direcionada a realização de determinadas funções. Além da ausência de consensualidade social em relação uma função norteadora das decisões judiciais que a ideia utilitarista da maximização da felicidade visa imprimir como objetivos, tem-se que também não se consegue supor que o objetivo maximizador deve necessariamente prevalecer sobre todo e qualquer valor social, tampouco são oferecidas razões para que os juízes adotem o objetivo utilitarista a despeito de eventual previsão legislativa.

⁷⁶ Essa constatação tributária da análise conceitual é vista com ressalvas pelo autor norte-americano, mas são aproveitadas em determinadas conclusões realizadas.

Afirma o autor que, como não haveria critérios que firmassem essa teoria-base da diferenciação de indivíduos quanto aos valores ou à importância dos prazeres e dos sofrimentos, todo o cálculo geral, uma vez dependente de uma pressuposta tese da desigualdade, estaria comprometido, tornando inoperante e contraditório esse eventual modelo de utilitarismo “desigual”.

Não por outra razão, a clássica máxima utilitarista da “felicidade ao maior número” reconhece, em cada indivíduo, um “número”, o que revela inequívoca adoção de um pano de fundo teórico igualitarista.

Se fosse diferente do afirmado, bastaria uma corrente teórica predominante que atribuísse a uma minoria de pessoas maior estima social, para que uma versão desigual do utilitarismo fosse obrigada a justificar uma “felicidade a um menor número”, isto é, ao número dos eventuais privilegiados.

Além do caso da hipótese referida, seria possível também contraditar a tese utilitarista com o argumento de que o “maior número” de sujeitos pode atrelar sua felicidade pessoal ao bem-estar de um “menor número” deles.

Um exemplo, trazido por Dworkin (2000, p. 538-539), é de uma determinada população, que ama uma mulher chamada Sarah e atribui sua felicidade ao alcance da felicidade por esta pessoa amada, afastando do cálculo dos indivíduos majoritários a satisfação “pessoalmente direta” de cada um deles, o que possibilitaria um típico cálculo utilitarista “neutro”.

Esse tipo de utilitarismo de pessoas “preferenciais” é utilizado como uma oportunidade para Dworkin afastar a suposta neutralidade no âmbito moral da máxima “felicidade ao maior número”.

Afinal, o utilitarismo entendido como uma teoria política reclama a verdade política, em oposição às demais teorias morais, políticas e de justiça, por meio da defesa da ideia de que ninguém tem, como indivíduo, preferências extraordinárias capazes de serem sobrepostas à satisfação de desejos majoritários na contagem da felicidade social.

Assim, a razão primacial da corrente utilitária se expressa politicamente, buscando o reconhecimento de sua legitimidade no aumento da felicidade da maioria da população.

Logo, conclui Dworkin (2000, p. 539), em análise do exemplo acima destacado, que a questão não se trata mais de incrementar a satisfação dos apaixonados por Sarah ou de anuir com teses das pessoas de satisfação preferencial, mas sim sobre a seguinte questão: se um

governo utilitarista, expressão do propósito da teoria política utilitária, conseguiria ou não manter essa perspectiva sem se contradizer com seu fundamento político teórico⁷⁷.

Isto porque poderia abraçar razões da própria segregação realizada em nome da felicidade de pessoas preferenciais, como Sarah, não levando em conta, de fato, a utilidade média máxima a ser alcançada.

Como essa contradição será objeto de ataque do “utilitarismo neutro” em face das propostas teóricas de indivíduos especiais, Dworkin (2000, p. 541) consegue argumentar, no meio desse embate de utilitarismos, a existência de uma janela na qual a moralidade política aparece dentro dessas implicações utilitaristas, minando a alegada neutralidade quanto ao conteúdo das preferências pessoais propaladas pelos adeptos do utilitarismo.

Uma vez que, quando determinadas preferências pessoais buscam ocupar o lugar da teoria utilitarista, esta renunciará a sua preservação da neutralidade de preferências por uma exigência de justiça que a preserve enquanto teoria política em relação às demais correntes concorrentes.

Em conclusão, Dworkin (2000, p. 542) aponta que a única saída para esse impasse é uma ideia de direitos como trunfos em relação a um irrestrito utilitarismo, de modo a se adotar um direito à independência política para proteger até mesmo os não agraciados por uma maioria que deposita sua expectativa de felicidade na satisfação de uma minoria. Também um direito à independência moral que terá sua defesa por meio de um raciocínio análogo⁷⁸.

Então, o igualitarismo utilitarista passa a sofrer dois golpes perpetrados por Dworkin (2000, p. 544). Um deles ocorre quando a satisfação das preferências dos indivíduos estão depositadas sobre a condução do rumo da vida dos demais, e o outro se refere à impossibilidade de estabelecer se determinada preferência se traduz num moralismo ou não, isto é, se estarão contaminadas com preferências que merecem exclusão por violar o caráter igualitário de fundo do utilitarismo.

Assim, explorando essas brechas da teoria política utilitária, Dworkin desenvolve uma espécie de liberalismo que aproveita o igualitarismo, no sentido da igual consideração das

⁷⁷ As contradições da perspectiva utilitarista podem atingir outros níveis analíticos, como bem salienta Dworkin (1965, p. 651), ao problematizar o utilitarismo na versão voltada aos atos e na versão voltada às regras. Salienta o autor que um magistrado pode ser levado a duas conclusões se, por exemplo, aplicar determinada regra jurídica a um caso, levando em consideração o grau de utilidade no horizonte limitado da aplicação ou no horizonte ampliado de todo o sistema jurídico. Assim, além de ser necessariamente vinculado às exigências de igualdade de uma teoria política de fundo tratadas acima, não fica claro se as regras de maximização dos objetivos supostamente majoritários se darão caso a caso em direção a um somatório posterior adequado ou se regras jurídicas podem vir a incorporar diretivas que visando uma realidade final otimizada permita decisões particulares que a priori parecem não incrementar os interesses da maioria.

⁷⁸ Basta, portanto, entender que preferências relativas a como devem ser regradas a vida sexual ou as expressões de arte precisam ser igualmente protegidas para evitar o mesmo resultado de desigualdade entre os indivíduos.

peças na comunidade política, mas, ao mesmo tempo, permanece munindo os indivíduos com “trunfos”.

Estes trunfos atuam contra a prevalência absoluta dos interesses sociais maximizadores do bem-estar majoritário, a fim de que os indivíduos sejam respeitados em suas liberdades relacionadas à condução de projetos próprios de suas vidas.

Conjuntamente, a igual consideração e a responsabilidade especial visam adequar a atuação governamental, de maneira que o destino dos cidadãos não fique à mercê de fatores arbitrários ou utilitários e, concomitantemente, seja erigida uma garantia de que tal destino seja orientado pelas escolhas individuais realizadas.

Ademais, um dos objetivos de Dworkin (2012, p. 16) é compatibilizar os princípios da igual preocupação e o da responsabilidade social, de modo a não se neutralizar nenhum dos dois. Somado a isso, o autor intenta eliminar o conflito que as teorias da justiça geralmente detectam a respeito da igualdade e da liberdade.

Esta missão será desempenhada, como se versará no próximo tópico, por meio da teoria do liberalismo igualitário como teoria de fundo da tese jurídica dos direitos como trunfos.

4.4 O liberalismo igualitário

Dworkin (2000, p. 273) defende que, dentro da filosofia política, existem duas posições que os teóricos podem adotar, quais sejam, constitutivas e derivadas.

A diferença entre as posições constitutivas e as posições derivadas, dentro de uma teoria política abrangente, ou seja, de uma teoria política que estrutura elementos relativamente sistemáticos, está no fato de a manifestação concreta ser ou não um reflexo de um ponto de vista mais abstrato.

De qualquer modo, são constitutivas as posições políticas que valem por si mesmas, de maneira que o insucesso em mantê-las constitui um fracasso para a organização política geral.

Estas se constituem em absolutos porque, em inúmeros casos, é necessária a conciliação entre as posições de mesma natureza. Todavia, apenas se pensadas em si mesmas como ampliadas, sem a necessária limitação ao chocar-se com outras, aumentam o caráter de justiça de determinada decisão política (Dworkin, 2000, p. 273-274).

Já as posições derivadas, por sua vez, podem ser abandonadas, sem “sentido de compromisso” (Dworkin, 2000, p. 274), nos momentos em que elas passem a não servir para assegurar a concepção de justiça. Dito de outro modo, são sacrificáveis.

Os liberais não estão de acordo, enquanto teoria política abrangente, sobre a questão que paira a respeito das posições políticas que abraçam serem constitutivas ou derivadas.

Em razão disso, Dworkin (2000, p. 275-276) questionou exatamente se alguns aspectos comumente atrelados ao liberalismo, como crescimento econômico, defesa da livre empresa ou imperialismo ocidental, fazem parte realmente de sua constituição e se há interligação por princípios, ou sejam apenas derivações das quais o liberalismo pode se desembaraçar.

Essa proposta de investigação sobre o que seja, de fato, o liberalismo é uma depuração entre o que lhe constitui moralmente e o que lhe está apenas estrategicamente associado.

Esse exercício de buscar a moralidade constitutiva tem como escopo conceder sentido à própria prática de discutir o que seja essa teoria política.

Assume Dworkin (2000, p. 285) que, geralmente, a teoria política liberal, no sentido abrangente, é tratada como indecisa em relação ao conflito entre igualdade e liberdade que parece guardar dentro de si.

Ao mesmo tempo, supõe que há uma concordância, desde Kant, de que os seres humanos, por serem dotados de dignidade, devem ser tratados como livres e independentes. Disso decorrendo ideias como a de que o governo deve tratar todos com igual respeito e consideração, seja porque não irá perscrutar o que esses indivíduos compreendem por vida boa, seja em razão de aderirem a uma teoria normativa a respeito da vida boa para a humanidade.

Ambas as razões são distintas e merecem ser diferenciadas, segundo o pensamento dworkiniano (Dworkin, 2000, p. 286), visto que suas consequências são muito relevantes, porque uma teoria da igualdade normativa em relação à ideia de vida boa poderia levar à prevalência de uma perspectiva conservadora sobre a liberal.

Desse modo, na visão de Dworkin (2000, p. 288), caso seja solicitado a um liberal que realize a fundação de um Estado, a questão relativa à distribuição de bens, recursos ou oportunidades será respondida com uma teoria igualitária, porque qualquer distribuição distinta acarretaria a concessão de um privilégio a uns membros do grupo social em relação aos demais, ou, mais especificamente, na defesa da ideia de que o destino de alguns é mais interessante que de outros⁷⁹.

Após ultrapassagem da fase da distribuição, o liberal fundador deve ser chamado a responder à questão da operacionalização e da harmonização das discordâncias na sociedade a respeito do destino dos bens e das definições de regras de utilização.

⁷⁹ Eventuais diferenças de contentamento baseadas nos gostos de cada um revelam a diferença das ideias de como a vida deve ser vivida (Dworkin, 2000, p. 288), e não concessão de benesses especiais.

Para Dworkin (2000, p. 289), as respostas igualitárias que solucionariam esses dois pontos de divergência entre pessoas com visões diferentes sobre o “bem viver” seriam, respectivamente, o mercado e a democracia representativa.

Perpassando a concatenação dos argumentos que embasam a justificativa inicial e indicando as consequências no mundo prático, Dworkin situa sua versão de liberalismo ao alcance do raciocínio igualitarista como fundo teórico.

Em relação ao mercado, argumenta que este, por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista, constitui-se na maneira mais igualitária que o liberal consegue formular para resolver as divergências sobre alocação de bens e recursos.

Isto porque as alternativas existentes, como a de atribuir essa tarefa a representantes do povo, como o socialismo o faz, significaria que a forma de movimentação e de atribuição de bens sociais envolveria a adoção de uma crença prévia sobre o domínio intelectual dos eleitos sobre o que as pessoas realmente valorizam e querem fazer.

Além disso, não haveria garantias contra valorizações errôneas de bens realizadas pelos representantes (Dworkin, 2000, p. 290 – 291), independentemente, inclusive, das preferências sociais existentes.

Ademais, na fundação hipotética sugerida por Dworkin, as pessoas iniciaram em igualdade de recursos, logo, as consequências mercadológicas seriam frutos das escolhas que seriam mais ou menos dispendiosas em relação às outras justificadas pela valorização que cada um dos indivíduos viesse a dar aos bens e aos recursos disponíveis.

Porém, asseverando que, no mundo real, esse início equitativo quanto à distribuição não existe, adverte que a adoção do mercado enquanto instituição social significará a produção de tipos de desigualdades incompatíveis com a concepção de igualdade adotada como teoria de fundo pelos liberais.

Assim, além do fato de essas desigualdades estarem fundadas em diferenças causadas por heranças, espoliação ou capacitação diferenciadas, o que afeta, desde a concreta gênese social, o direito de as pessoas receberem igual consideração (Dworkin, 2000, p.292), os recursos, por seguirem a lei da oferta e da demanda, terminariam por servir ao interesse majoritário (utilitário) como uma *police*.

Ademais, no que concerne à democracia representativa, o respeito e a consideração iguais, cuja aplicação a todos os indivíduos da comunidade é demandada pelo liberalismo, têm como consequência a coletivização das decisões políticas da comunidade política, uma vez garantida a participação igualitária de todos.

Porém, adverte Dworkin (2000, p. 293) que esse mecanismo de tomada de decisão ainda implica a preponderância das orientações majoritárias, e não um assentamento adequado entre as diferentes preferências. Afinal, na medida que a decisão sobre o bem viver de uns passa a ser sobrepujada pela posição de outros, a igualdade de tratamento reclamada não se sustentará.

Logo, tanto em relação ao mercado econômico como à política democrática, o liberal político enfrentará desafios os quais requererão, no mínimo, um esquema de direitos que protejam os indivíduos da subjugação total de seus interesses em relação às demandas e às decisões majoritárias.

Todavia, apesar de o livre mercado ser atraente porque, em tese, premiaria o talento⁸⁰ e a diligência individual, fatores valorizados pelos membros de uma sociedade e da democracia que funcionam como uma instituição acessível e participativa de construção de “concepção pública de virtude”, Dworkin (2000, p. 297) adverte que, mesmo que ambos sejam considerados instituições instrumentais da igualdade liberal, uma vez analisados do ponto de vista prático, pode-se concluir que não são perfeitos, de modo que suas distorções exigem um esforço teórico para corrigi-las.

Porém, para o cumprimento deste desiderato, foi preciso identificar a raiz teórica de fundo que gera essas perturbações indesejadas.

Para Dworkin (2000, p. 296), o utilitarismo é a origem dos defeitos supracitados e, para ser contido, apenas uma teoria jurídica, que também é política e moral, na qual os direitos sejam encarados como trunfos, conseguirá realizar a igualdade.

Serão trunfos porque, uma vez dispostos aos indivíduos, estes podem resistir às pretensões majoritárias utilitaristas, protegendo as garantias do igual respeito e da igual consideração, não como decorrência de um princípio da igualdade concorrente de outros princípios, tais como o princípio da liberdade ou o democrático, mas como uma lapidação da própria justificativa igualitária⁸¹, concebendo as instituições do mercado e da democracia.

Além disso, o liberalismo dworkiniano, para se afastar de uma concepção de igualdade conservadora, não se baseará no ceticismo moral, o qual defende que, inexistindo conteúdo moral certo, caberá ao Estado a abstenção quanto às formulações de vida boa, mas sim no fato

⁸⁰ Dworkin (2005) é peremptório em rejeitar um ideal de mundo no qual as opções de vida pelo ócio sejam recompensadas com base no produto dos optantes por uma vida de labor.

⁸¹ Em contraposição a ideia apresentada de igualdade pelos liberais, pode-se falar que o pressuposto igualitário, que como dito em item anterior está presente no utilitarismo, também tem assento no conservadorismo (Dworkin, 2000, p. 296 – 297). Essa teoria política entende que o igual tratamento significa o governo atuar de modo conforme a alguma específica teoria sobre a vida boa, sendo esta dotada de virtudes particulares comunitárias que devem ser perseguidas pelos indivíduos. Até aí, até mesmo as teorias socialistas adeririam, porém entre os conservadores também se partilha a ideia de que a história comum e a experiência são melhores orientadores para essas virtudes que qualquer abstração.

de que, em razão da moralidade constitutiva da teoria política liberal de que os seres humanos devem ser tratados como iguais pela autoridade política da comunidade (Dworkin, 2000, p. 303-304), o que dela se exigirá é o exercício do papel de organizadora política justa, e não de instrutora de algum modo específico de vida às pessoas.

Assim sendo, a “neutralidade” quanto ao bem viver, exprimida pelo liberal igualitário, a qual implica defender a proteção das preferências minoritárias ou especiais, não é uma materialização da abstenção, em determinado momento por uma questão de ceticismo moral, da sua missão teórica, mas, sim, o próprio resultado do cumprimento de seu propósito moral de tratar e respeitar os indivíduos igualmente.

Por meio desta cisão com o liberalismo clássico absentéista, Dworkin (2012, p. 16) passa a não defender nenhum direito geral à liberdade, no sentido de autonomia (*freedom*), que seria o direito de realizar o que se quer, sem que o governo condicione, passando o autor a defender direitos às liberdades (*liberties*) específicas e diferenciadas em seus fundamentos⁸².

Dessa maneira, o liberalismo dworkiniano (DWORKIN, 2000, p. 272) tem como ponto nevrálgico uma concepção particular de igualdade que implica uma moral política igualmente específica e não cética, pelo menos no sentido externo do ceticismo.

Essa concepção de liberalismo (Dworkin, 2000, p. 314 – 315), baseada na igualdade, precisa promover um tipo de significado para o indivíduo do que seja ser membro de uma comunidade. Isto porque o sacrifício pessoal em nome de algum benefício social deve ter um motivo que justifique a manutenção do igual respeito e da igual consideração consubstanciados no momento da identificação e do trato do sujeito prejudicado por determinado objetivo público ou meta social majoritária.

Com o desenvolvimento desta nova base justificatória para o liberalismo, qual seja, a igualdade de respeito e de consideração (Calsamiglia, 1985, p. 163), suas conclusões alimentaram um profícuo diálogo com John Rawls, filósofo contratualista liberal contemporâneo, com o qual Dworkin realizou importantes aproximações, retirou algumas conclusões e criticou determinadas inferências.

Antes, porém, de se destacarem alguns outros aspectos da espécie de liberalismo igualitário apresentado neste tópico, necessário se mostra apontar os pontos de interlocução com o pensamento rawlsiano.

⁸² Um exemplo concedido pelo autor é de que a liberdade de expressão pode decorrer do direito de responsabilidade pessoal e autogoverno da vida e que a liberdade de propriedade decorre do direito à igual preocupação.

4.5 O liberalismo no projeto rawlsiano e as críticas ao utilitarismo

De acordo com Fernando Vallespín (1993, p. 9 – 10), o filósofo John Rawls redefiniu a discussão em torno inúmeros temas da filosofia moral e política que se corporifica numa teoria organizada e marcadamente interdisciplinar.

As duas correntes de ideias, em termos de teoria da justiça, que Rawls (1997, p. 24 - 43) critica são o intuicionismo⁸³ e o utilitarismo, sendo esta última o foco para o intuito da presente pesquisa.

A respeito do utilitarismo, conceitua-se na perspectiva rawlsiana (Rawls, 1997, p. 25) como um ideal formulador de uma concepção consequencialista de justo, a qual se dá pela avaliação da capacidade de maximização da bem-estar geral⁸⁴.

Percursor de conclusões desenvolvidas por Dworkin, Rawls (1997, p. 27 – 28) já afirmava que, dentro da teoria utilitarista, há um compromisso igualitário baseado na ideia de que não há qualquer indivíduo cujos desejos importam mais que os desejos dos demais na contabilidade que busca maximizar a felicidade social (Gargarella, 2008, p. 6).

Sendo certo, para este último filósofo, que os desejos aos quais se refere são relativos à obtenção de bens, sem que haja concepção firmada previamente sobre sua identificação, restando delimitações a cargo das intuições dos indivíduos.

Em Rawls (Gargarella, 2008, p. 8), já se delineava uma das críticas principais ao projeto de justiça utilitário, a de que este projeto percebe a sociedade como um único corpo com partes sacrificáveis⁸⁵, ignorando que cada pessoa é independente e dissociada das demais e merecedora igualmente um digno tratamento.

Tal posição está atrelada a uma adesão, por parte de Rawls (1997, p. 4), a uma enriquecida versão do “deontologismo moral kantiano” (Vallespín, 1993, p. 10), que desenha a

⁸³ O intuicionismo, ao ver de Rawls (1997, p. 37), é defensor da concepção de que, em razão da impossibilidade metodológica de escolher os princípios prioritários e corretos dentre os princípios existentes, deve-se recorrer às intuições, sendo assim possuem “duas características: primeiro, consistem em uma pluralidade de princípios básicos que podem chocar-se e apontar diretrizes contrárias em certos casos; segundo, não incluem nenhum método específico, nenhuma regra de prioridade, para avaliar esses princípios e compará-los entre si: precisamos simplesmente atingir um equilíbrio pela intuição, pelo que nos parece aproximar-se mais do que é justo.”

⁸⁴ Na visão do professor argentino Roberto Gargarella (2008, p. 5), importante intérprete de John Rawls, no utilitarismo a perseguição ao resultado que atenda às preferências e aos desejos é concomitante à certo desinteresse a respeito do conteúdo específico dessas preferências e desses desejos, porque a proposta é atender a maior quantidade deles.

⁸⁵ Mais à frente, quando se adentrar a ideia de posição original, poderá se concluir que, não sabendo suas posições e situações sociais como integrantes de maiorias ou minorias, a adoção da tese de justiça utilitária será rejeitada, segundo Rawls (1997, p. 30 – 31), pelo receio de se ocupar essa parte cujo bem-estar será considerado sacrificável em nome do bem-estar de uma maior parte da sociedade.

ideia de justiça de um modo a não ignorar a inviolabilidade dos indivíduos, mesmo diante dos potenciais acréscimos do bem-estar social que a violação destes, porventura, venha a acarretar.

Rawls (Vallespín, 1993, p. 14) também aspirou, na construção de sua tese, por uma justificativa formal de princípios de justiça, também nos moldes de estrutura kantianos, que não implicassem subordinação teórica à substancialidade de conteúdo referentes a determinadas concepções de bem.

Para tanto, o referido pensador precisou encontrar uma “concepção pública de justiça” (Dworkin, 1993, p. 15) que pudesse ser aceita e reconhecida pelos indivíduos de uma sociedade, independentemente da sua posição social, de planos particulares ou de interesses próprios baseados em visão de bem que possuam.

Nas palavras de Fernando Vallespín (1993, p. 15 – 16), Rawls,

(...) põe em marcha um método que em seus últimos trabalhos gosta de qualificar como um construtivismo kantiano. Em síntese, consiste em especificar uma determinada concepção de pessoa e tentar derivar dela os princípios de justiça através de um “processo de construção” em que as pessoas são vistas como livres e iguais ao mesmo tempo; como capaz de atuar de forma racional e razoável e de participar de um esquema de cooperação social⁸⁶ (tradução própria).

Ou seja, o projeto teórico rawlsiano entende que, do fato de serem livres e iguais, decorre a possibilidade de as pessoas serem capazes de agir moralmente, conforme certos princípios de justiça, e estes serão organizadores de uma “estrutura formal” por onde se realizarão as concepções individuais de bem.

Outra crítica importante é relacionada à noção do bem-estar utilitário e ao seu alcance.

A adoção de um critério de justiça utilitarista poderia acarretar, por exemplo, uma consideração de maior relevância aos “gostos caros” de indivíduos, isto é, os gostos que requerem maiores recursos para gerar determinada quantidade de satisfação em relação a gostos de menores custos trariam a outras pessoas.

Por isso, defende Rawls (1997, p. 36), é injusta a distribuição baseada em um bem-estar meramente quantificável nas satisfações pessoais, já que, ao seu ver, as pessoas são, no mínimo de forma parcial, responsáveis por alguns de seus gostos formados e cultivados (Gargarella, 2008, p. 8).

⁸⁶ No original, tem-se que Rawls “(...) pone en marcha un método que em sus últimos trabajos gusta de calificar como constructivismo kantiano. Em sínteses, consiste em especificar una determinada concepción de la persona e intentar derivar de ella los principios de la justicia a través de un ‘proceso de construcción’ em el que se contempla a las personas como libres e iguales a la vez; como capaces de actuar tanto racional como razonablemente, y de tomar parte em un esquema de cooperación social.”

Para sustentar a afirmação, formula o autor uma concepção objetiva de “bens primários” para a qual as pessoas que se satisfaçam apenas com os referidos “gostos caros”⁸⁷ não se sobreponham sobre as demais, apenas pelo fato de que satisfazê-la requiera maiores recursos.

Rawls, como também se analisa em Dworkin (Gargarella, 2008, p. 9), condena a possibilidade utilitarista de potencializar, por exemplo, os “gostos ofensivos”, com bases nos cálculos de prazer, acarretando diminuição da liberdade ou discriminação de grupos específicos, o que termina por frustrar a promessa originária igualitária do utilitarismo⁸⁸.

A bem da verdade, para John Rawls (1997, p. 34), a teoria de justiça utilitarista não seria apoiada pelos signatários livres e iguais de um contrato hipotético, porque a obediência a esse sistema acarretaria um sacrifício muito grande aos sujeitos que existissem enquanto minoria.

Este panorama geraria instabilidade social (Gargarella, 2008, p. 13), bem como não produziria um acordo social justo no tratamento de cada componente no qual a justiça antecederse a noção de bem.

As ressalvas rawlsianas ao pensamento utilitário confundem-se com o desenvolvimento próprio da sua tese política central ao contratualismo moderno, conforme será apresentada no próximo tópico.

4.6 O contratualismo de John Rawls e a ausência de continuidade entre a ética e a política

Inicialmente, é pertinente salientar que a construção teórica em formato de hipótese contratual, para Rawls (Gargarella, 2008, p. 18), tem o papel de servir como meio de correção das intuições morais e para que estas mesmas sejam ajustadas em consonância com a defesa da igualdade entre pessoas morais, cujos destinos se equivalem e não se subordinam entre si.

Disso não se extrai que o resultado serão princípios que resolverão dilemas corriqueiros a respeito da justiça, mas sim princípios básicos de justiça que estruturam de maneira básica uma sociedade (Rawls, 1997, p. 7), a qual se propõe estruturalmente a fazer o bem aos integrantes (Gargarella, 2008, p. 19).

⁸⁷ Como aduz Gargarella (2008, p. 11), até mesmo a origem enviesada das preferências indivíduos pode sofrer questionamentos, porém, na concepção utilitária, esse tipo de interrogação não faria sentido porque esta as considera como um fato dado.

⁸⁸ Mais uma vez evidenciando-se a necessidade de que direitos funcionem como barreiras a essas demandas majoritárias.

Inicialmente, para a conceituação de justiça, Rawls (1997, p. 11) considera ser preciso definir qual seria a maneira de interpretar a atuação de princípios que atribuam aos sujeitos vantagens sociais, direitos e deveres numa sociedade.

Como não há critério independente para avaliar a justiça para realizar esse empreendimento, é necessário lançar mão de procedimentos com pretensão de imparcialidade que auxiliam a chegar em objetivos equitativos.

Esta racionalização⁸⁹, no intuito de obter respostas, para Rawls (1997, p. 12), envolve a consideração de princípio de justiça que seriam decorrentes de uma deliberação original (Gargarella, 2008, p. 20), na qual as pessoas em situação de igualdade, livres, autointeressadas e racionais escolheriam, sem saber da sua situação social e buscando em um consenso original, uma estrutura principiológica de justiça para uma futura fundação social.

Essas posições iniciais são consideradas equitativas porque não são historicamente reais, mas um instante hipotético de igualdade entre os seres humanos, sendo esta abstração similar às versões já apresentadas pela tradição contratualista liberal em períodos anteriores (Rawls, 1997, p. 13).

Essa situação deliberativa é chamada por Rawls (1997, p. 14) de “posição original”, constituído um momento em que seriam escondidas por um “véu de ignorância” as condições distintivas dos sujeitos, de modo a evitar que princípios morais sejam escolhidos com base em situações particulares, portanto estratégicas, já que essa posição ocultaria caracteres individuais das pessoas em concreto, apesar de, no entanto, incorporar conhecimentos básicos de economia, ciências sociais e psicologia social (Gargarella, 2008, p. 21).

Com a proposta desse experimento mental da posição original sob o “véu da ignorância”, os indivíduos contratantes, sem vieses ou preconceitos ou informações sobre o que seriam na sociedade e com completo desconhecimento dos papéis que seriam exercidos por eles, garantiria que as opções fossem feitas somente em função de considerações gerais, e não em função de interesses particulares e egoístas. Assim, procederia dificultando a escolha por um modelo injusto de justiça, permitindo o desenvolvimento da “justiça como equidade” (Rawls, 1997, p. 14 –15).

Resta, dessa maneira, evidenciado que a teoria da justiça de Rawls é visivelmente procedimental porque tenta reencontrar um consenso, uma base universalmente passível de

⁸⁹ Há que se lembrar que, para John Rawls (1997, p. 15), “o conceito de racionalidade deve ser interpretado tanto quanto possível no sentido estrito, que é padrão em teoria política, de adotar os meios mais eficientes para determinados fins. (...) deve-se tentar não introduzir nele nenhum elemento ético. A situação inicial deve ser caracterizada por acordos totalmente aceitos.”

aceitação, de onde se retirará a legitimação dos valores e das normas decorrentes desse modelo, de forma a tornar viável a fundamentação racional da lei e da coerção.

Com base nestes pressupostos, Rawls reintroduz o contratualismo fundacional da sociedade pautado num acordo ideal entre os seus componentes sobre a maneira justa da vida em comum. Esse raciocínio leva em consideração a existência de bens primários, quais sejam, os que satisfazem qualquer plano de vida.

Estes bens primários podem ser de escopo social quando se referem à distribuição por instituições de direitos, oportunidades e riquezas, ou, de escopo natural quando são relacionados ao talento, à saúde e a outras situações que não têm origem na distribuição institucional.

Os principais pressupostos que o filósofo americano estabelece para que esta discussão avance são: o entendimento a respeito da raridade dos recursos (isto é, os recursos a serem distribuídos numa comunidade política são sempre menores que a busca por esses recursos); a admissão do “fato do pluralismo”, ou seja, a compreensão de que, em uma sociedade, há desacordos profundos a respeito das concepções do bem abraçadas pelos indivíduos; e, por fim, que é necessário o reconhecimento de todos os membros do corpo social como seres individualizados, racionais, razoáveis e capazes, portanto, de formular concepções do que seja bem e de construir um “sentido de justiça” em suas vidas.

A solução proposta por Rawls é fazer com que as pessoas que discordem a respeito de tudo possam atingir o consenso se passarem a racionalizar em termos de abstrações políticas. O acordo alcançado nesta etapa, por sua vez, poderia servir para a consecução de objetivos políticos comuns.

Sendo assim, em meio a acirradas disputas, um movimento em direção a uma discussão mais abstrata poderia ser o caminho para a convergência, ou seja, para uma forma de continuar a discussão pública quando os entendimentos compartilhados de menor generalidade falharam.

Assim, dois princípios da justiça emergem do contrato hipotético: o primeiro confere às pessoas liberdades face às concepções de bem-estar social ou utilidade, e o segundo diferença/equidade social ou econômica, embora não requeira uma distribuição equitativa de renda e riqueza, pois são permitidas apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos da sociedade.

Seu objetivo é demonstrar que

(...) as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.

Esses princípios excluem instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo. Pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar. Mas não há injustiça nos benefícios maiores conseguidos por uns poucos desde que a situação dos menos afortunados seja com isso melhorada. (RAWLS, 1997, p. 16)

O primeiro princípio citado aponta que a ignorância da posição original leva a uma opção por um direito à liberdade para as concepções de bens que venham os contratantes a adotar (Rawls, 1997, p. 64). Logo se fixa que cada pessoa possuirá o direito igual a um “esquema abrangente de liberdades básicas” (Gargarella, 2008 p. 24), o qual virá a ser compatível com os esquemas dos demais.

Essa é a tentativa da teoria de Rawls (1997, p. 99 – 100) para fixar as condições sociais gerais de busca do bem, porém sem se ocupar de avaliação das concepções particulares de bem, tampouco perscrutando o uso que cada pessoa pode vir a fazer utilizando seus recursos.

Como em relação a esses recursos, obviamente, existem as questões relacionadas às desigualdades de atribuições, a aposta de Rawls (1997, p. 64) para equilibrar a distribuição deles é a de proceder de acordo ao direito à igualdade, desenvolvendo um segundo princípio, denominado princípio da diferença.

Segundo esse princípio, as desigualdades econômicas e sociais toleráveis são aquelas que decorram de um cenário de igualdade de oportunidades, isto é, de acessibilidade de ocupações por todos; e, de uma justificação da situação como mais vantajosa ao ocupante da menor escola da distribuição de recursos.

De acordo Gargarella (2008, p. 23), desse princípio, advém a regra *maximin*, segundo a qual,

(...) nesses momentos de incerteza, devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados possíveis. Nesse sentido, deverá ser adotada a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior dos resultados das outras alternativas.

Nesta senda, é possível dizer que o projeto rawlsiano (Rawls, 1997, p. 21) dispõe que a justiça nas instituições sociais está vinculada à perspectiva de que a vidas individuais devem depender das escolhas autônomas dos sujeitos, e não das circunstâncias em que estão inseridos social e historicamente, ou dos acasos da natureza.

Para tanto, o atingimento desse objetivo por meio da igualdade dos bens primários, não ocorrerá no contexto de uma igualdade absoluta, pois as desigualdades serão aceitáveis se, além de decorrentes da autonomia, melhorarem a situação daquele em menor nível em relação à igualdade inicial.

Em suma, a ideia de Rawls é oferecer algum de tipo de consenso de princípios políticos a membros de uma comunidade marcada pelo pluralismo de convicções morais políticas e éticas para que todos os indivíduos sensatos possam aceitar a constituição que estrutura e organiza a sociedade em razão desses princípios comuns.

Estes, por sua vez, serão modelados pelo aparato imaginativo do “véu da ignorância”, o qual funciona como um “dispositivo de representação” (Dworkin, 2012, p. 75).

Importante destacar, no entanto, que Rawls (2003, p. 60) propõe a revisão dos princípios elaborados⁹⁰. Defende o autor que a ideia de que cada pessoa possui um direito irrevogável a um esquema de liberdade básica, compatível com os demais membros da comunidade política, tem precedência quanto ao princípio que define a equalização das oportunidades, a qual irá preceder, por sua vez, o princípio da diferença.

Em outras palavras, o princípio da diferença ganha melhor contorno que o coloca como um expediente a ser manejado dentro de uma institucionalidade garantidora de liberdades iguais às pessoas⁹¹, bem como uma estrutura que disponibilize equitativamente as oportunidades do arranjo social.

Essa última disponibilização, segundo Rawls (2003, p. 62), não pode se dar no campo meramente formal, mas deve corresponder a chances reais de acesso⁹², mesmo que isso implique medidas que impeçam a concentração exagerada de recursos que acarretem dominação de caráter político.

Rawls (2003, p. 63) afasta a concepção de que as liberdades básicas não acarretam a eleição de um objetivo de “liberdade” abstrata e específica para o sistema político, mas uma estrutura constitucional fundamental justa, distinta das decisões corriqueiras e legislativas a serem tomadas socialmente, que seriam uma segunda função coordenada do princípio da diferença voltada à justiça social e econômica.

Todavia, essa diferença quanto ao *momentum* de incidência não implica a conclusão de que não há valores políticos em jogo quando das duas considerações para elaboração mental de uma estrutura básica.

Na realidade, segundo Rawls (2003, p. 68 – 69), a distinção reside no momento de aplicação dos princípios que se reciprocamente.

⁹⁰ Na reformulação da sua “Teoria da justiça como equidade”.

⁹¹ Rawls chega a especificar cada uma dessas liberdades em uma lista, na qual estão presentes a liberdade de pensamento e de consciência; liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e de participar da política) e liberdade de associação, bem como os direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito.

⁹² Em nota de rodapé, o filósofo enfatiza que a satisfação de necessidades básicas que constituem condição para usufruto e proveito dos direitos e liberdades básicos. O princípio da diferença funciona em associação com os princípios da justiça distributiva das liberdades básicas e da igualdade de oportunidades de forma equitativa.

Assim, os estágios da utilização do véu da ignorância para adoção dos princípios de justiça, da convenção constitucional, da legislação e da aplicação pelo governo estariam voltados à ideia de “sociedade como sistema equitativo de cooperação social ao longo do tempo” (Rawls, 2003, p. 71).

Dessa forma, o chamado princípio da diferença⁹³ faz parte da concepção dessa ideia de justiça, não se constituindo em aparatos externos a serem acoplados.

Esses princípios de procedimentalização da teoria rawlsiana ocorrerão por meio do chamado “equilíbrio reflexivo”, que consiste na busca pelo estabelecimento de uma equalização entre algumas intuições particulares sobre a moralidade, como “pontos fixos provisórios” (Rawls, 1997, p. 22). Logo após, os princípios gerais que tenham possibilidade de vir a ser desenvolvidos procedimentalmente orientados aos marcos estabelecidos para a construção de sistema institucional justo, encarando a vida em sociedade como um empreendimento em comum (Rawls, 1997, p. 92 – 93).

Esse movimento ocorre verificando-se as discrepâncias e avaliando-se os casos de modificação dos intuitivos pontos de partida morais, ou mesmo se seria necessário revisar as conclusões oriundas dos juízos sobre eles.

Essa reflexão ocorre em movimentos de avanços e de recuos (Rawls, 1997, p. 22 -23) e em profunda autorrevisão.

Ou como explica Gargarella (2008, p. 24),

A ideia é começar isolando os juízos morais sobre os quais temos mais confiança (os “juízos morais considerados” segundo “juízos morais competentes”); depois buscar princípios gerais que possam explicar tais juízos; depois (dependendo de até que ponto possamos “encaixar” aqueles juízos nesses princípios gerais) rever nossos juízos iniciais; e assim sucessivamente até encontrar o equilíbrio desejado (princípios que, segundo entendemos, não é necessário voltar a modificar).

Obviamente, os valores na posição original rawlsiana não são eleitos pelo seu caráter de verdadeiro, mas por serem comuns, o que o aproxima, segundo Dworkin (2012, p. 76), a ceticismos referentes a verdades morais, visto que o objetivo dos contratantes na situação ideal

⁹³ Rawls (2003, p. 101) adverte posteriormente sobre o princípio de diferença, indicando que “(a) o princípio só deve vigorar quando os princípios de justiça prioritários estiverem satisfeitos; (b) ele pressupõe um contínuo aproximado de estruturas básicas praticáveis; (c) exemplos numéricos arbitrários podem facilmente ser enganosos se não prestarmos atenção ao pano de fundo institucional comumente aceito; (d) o princípio de diferença é um princípio de justiça e não uma resposta a interesses próprios a um determinado grupo; e é claro, por fim, (e) as posições sociais relevantes têm de ser especificadas corretamente (e não, por exemplo, por designadores rígidos). Se aplicarmos o princípio enquanto princípio único e isolado, ignorando esses pontos, o que obteremos é algo sem sentido.”

é eleger a concepção mais racional de organização social, e não se aproximar de qualquer situação ou fato moral, marginalizando a ideia de moralidade⁹⁴ verdadeira.

O próprio John Rawls (1997, p. 19) sugere esta conclusão quando afirma:

A justiça como equidade não é uma teoria completa contratualista. Pois está claro que a ideia contratualista pode ser estendida à escolha de um sistema ético mais ou menos completo, isto é, um sistema que inclua princípios para todas as virtudes e não apenas para a justiça. Na maioria das vezes, considerarei apenas os princípios de justiça e outros estritamente relacionados com eles; não procura discutir as virtudes de forma sistemática. (...) Não afirmo que a noção de contrato ofereça um modo de abordar essas questões que sem dúvida são da maior importância; e deixarei deixá-las de lado.

Por isso, no próximo tópico, verificar-se-á que a ausência de corte entre a perspectiva pessoal e a perspectiva política é o cerne da filosofia ética dworkiniana (Vallespín, 1993, p. 28), o que resulta na necessidade de que os juízos assumidos sobre como se deve viver privadamente (orientação ética) ajustem os ideais e os princípios de justiça que justificam a organização política e vice-versa, além de implicar diretamente o sistema de reconhecimento de liberdades como direitos mais ou menos restringíveis, a depender da espécie.

4.7 As divergências de Dworkin com relação à tese de Rawls

A despeito das aproximações anteriormente apontadas, Dworkin (2012, p. 77) entendia que, apesar de o projeto rawlsiano ser factível no intento de explicar e justificar as tradições liberais com relação a direitos na teoria da justiça, esta não poderia continuar a ser concebida como moralmente neutra e disposta numa estrutura de pensamento moral “inata” (Dworkin, 2002, p. 247).

Isto porque, mesmo que a ênfase de Rawls às tradições políticas pareça antecipar algum grau de consenso, a própria interpretação destas tradições significa que haverá uma escolha das concepções que as tradições incorporam.

Ademais, as referidas concepções serão julgadas com graus de satisfação distintos no que diz respeito às justificativas, e isto revelará controvérsias morais profundas, as quais afastam pretensões de neutralidade, o que insinuaria uma tentativa rawlsiana implícita de dar a qualidade de fato bruto à história e às práticas políticas.

⁹⁴ Dworkin (2005, p. XIV) destaca essa percepção ao afirmar que “o contrato social de Rawls pretende isolar a moralidade política dos pressupostos éticos e das controvérsias a respeito do caráter da vida boa.”

Para o Dworkin, há respostas a respeito da verdade ou falsidade de juízos morais, e isso transborda para o direito em sua crítica à tese da discricionariedade positivista. E, em alguma medida, a separação entre os âmbitos “pessoais” e “políticos” de Rawls sugere uma independência da teoria da justiça em relação à parte da moralidade que não seja relacionada às questões de governo e à própria ética.

Em vez de um pressuposto racionalista neutro, Dworkin (1993, p. 21) assume que as questões de vida boa são questões políticas, e uma possível evidência disso é que a heurística proposta por Rawls, em relação a intuições morais, de fato, está impregnada dos valores da cultura particular da comunidade de que parte este autor.

Ronald Dworkin (2012, p.170) defende, por isso,

(...) uma concepção de justiça colocando as práticas e os paradigmas desse conceito numa rede mais extensa de *outros* valores que sustenta a nossa concepção. Em princípio, podemos continuar esta expansão do nosso argumento, explorando outros valores até que, como afirmei, o argumento se encontre a si próprio. A circularidade é global ao longo de todo o domínio do valor. Este é o método da filosofia formal moral e política: o método do contrato social ou do observador ideal, por exemplo.

Essa rede envolve uma ética que será base para a moralidade que justificará a defesa política do liberalismo (Vallespín, 1993, 32) porque, no exercício de mediação entre a autonomia individual e a relação do indivíduo com as demais pessoas, os princípios extraídos do ramo político da moral serão considerados integrantes dessa centralização na ética.

Assim, quando referente aos interesses críticos, abordados no primeiro capítulo deste estudo, Dworkin (1993, p. 46) realiza o questionamento a respeito de como a comunidade pode ser melhor, como deve ser e quais os princípios políticos vão normatizar o modo de viver inserido nela, além de justificar os direitos por ela reconhecidos.

A ética dworkiniana será a responsável por fornecer as respostas que constituirão a alternativa entre um formalismo resolvidor das disputas sociais em função do que é bom, que se movimenta na afirmação de uma neutralidade quanto ao modo de vida, ao passo que precisarão defender, de forma argumentativa, o preenchimento substancial⁹⁵ do aparato desenvolvido.

Dworkin também se distancia de Rawls em relação a duas alegadas “insensibilidades” da teoria de justiça deste último autor, quais sejam, a insensibilidade quanto aos dons pessoais e a insensibilidade quanto às ambições.

⁹⁵ Esse é a principal crítica ao pensamento liberal convencional que foi empreendida por Dworkin (1993, p. 40), para quem o liberalismo tinha prestado mais atenção ao correto, no sentido de justo, que ao bom, interpretado como um valor.

A insensibilidade quanto aos dons implica o desfavorecimento de alguns indivíduos por circunstâncias fora de seu controle, porque a “situação pior” rawlsiana tem como parâmetro os bens primários, os de tipo social e os de tipo natura. Assim, pode o cálculo de igual distribuição de bens provocar desigualdade, porque terá potencial de gerar encargos ou ônus a certos sujeitos, em relação aos quais os demais estão livres e desembaraçados (Gargarella, 2008, p.67-68).

Já a insensibilidade quanto às ambições é percebida em caso de trabalho ou de dedicação superiores por parte de alguns indivíduos, os quais poderão ter mais recursos acumulados à disposição, enquanto uma outra pessoa de mesma situação inicial, porém pouco ambiciosa, permanecerá sem alteração. Logo, por força do princípio da diferença, o quadro não melhoraria ou beneficiaria o sujeito que está em pior situação, gerando como resultado a necessidade de o Estado intervir para limitar essa desigualdade.

Em uma situação como a descrita, Dworkin (Gargarella, 2008, p. 68) denuncia o desprezo por escolha dos planos de vida que busquem ampliar, à custa de trabalho e de renúncias imediatas, os bens disponíveis para usufruto.

O modelo alternativo de Dworkin (2005, p. 79 - 81) dá-se no formato de um leilão hipotético dos recursos impessoais sociais, onde todos as pessoas começam com o mesmo poder de aquisição, finalizando quando todos os participantes ficam satisfeitos, sem que invejem os bens adquiridos pelos outros.

Essa complexa técnica de abstração será detalhada no próximo tópico em razão de sua centralidade para esta pesquisa.

4.8 O “leilão hipotético” como mecanismo de justiça distributiva

Por meio do experimento mental do leilão, Dworkin (2005, p. 79 – 81) desenvolve uma concepção de igualdade que engloba todos os recursos dos quais as pessoas podem individualmente usufruir.

Pede este filósofo do direito que se imagine um agrupamento de pessoas as quais, em razão de um naufrágio, estabelecem-se numa ilha desabitada, deserta e com bastantes recursos.

O caso hipotético exige também a suposição de que os náufragos concordem que não existe direito prévio ao gozo dos bens dispostos, de modo que cada um terá igual direito sobre eles. Ademais, é preciso supor que aqueles convergem também sobre uma regra impeditiva de qualquer divisão que gere cobiça ao próximo.

Seguindo a formulação do raciocínio, diz Dworkin (2005, p. 82) que a simples divisão física em partes de igual magnitude não atinge o objetivo de obedecer a essa última regra, porque há porções mais interessantes que outras para alguns dos indivíduos, o que representa um solo fértil para o estabelecimento da inveja entre os naufragos.

Como solução e possibilidade de superação do “teste da inveja”, Dworkin indica que a repartição igualitária poderia ocorrer caso se convencionasse algum objeto como unidade de mercado, como conchas de mariscos, e se distribuísse a cada um a mesma porção.

Após a distribuição, lances seriam realizados a respeito de cada bem, de maneira que este ficasse sob o domínio daquele que mais o valorizou.

Assim, a inveja entre os membros do grupo seria afastada, visto que teria sido oportunizada a arrematação a todos, tendo cada um ficado com o bem mais valorizado pela sua avaliação individual.

Ressalta também Dworkin (2005, p. 84), em sua projeção:

Minha intenção é descrever um leilão rawlsiano no qual todos os recursos produtivos são vendidos. Não presumo que os imigrantes façam contratos emergenciais de reivindicação antecipada, mas só que os mercados permanecerão abertos e o bens liquidados à maneira rawlsiana quando terminar o leilão dos recursos produtivos. (...) O processo não garante que o leilão chegará ao fim dessa maneira, pois pode haver vários equilíbrios. Estou supondo que as pessoas entenderão que não podem alcançar melhores resultados por meio de outras sessões de leilão e irão, por motivos práticos estabelecer-se em um equilíbrio.

A respeito do modelo do leilão ideal, afirma Dworkin (2005, p. 89), pode-se elaborar um padrão com o qual poderá avaliar a proximidade da distribuição real com a que adviria da igualdade de recursos. Essa igualdade de recursos defendida pelo jurista é diferente das propostas de igualdade baseadas em bem-estar.

Enquanto, nestas últimas, os indivíduos decidem sobre a espécie de vida que almejam e, em segundo momento, essas escolhas são ponderadas politicamente para encontrar um modelo distributivo que promova um êxito de mesma envergadura a cada pessoa, na proposta de Dworkin (2005, p. 85 – 86), essa ponderação é realizada em nível individual, de forma que as contingências que recaírem sobre a qualidade do bem e a diversidade de gostos não serão fundamentos para afirmar que a igualdade não foi atendida.

Assim, uma vez ultrapassada a fase descrita, seria garantida a todas as pessoas uma parte igualitária de meios para adquirir bens, de modo que se possibilite perseguir dois objetivos, os quais consistiriam em executar seu plano de vida e em efetuar a contratação de seguros

(Dworkin, 2005, p. 91 – 92), os quais realizem proteção quanto a eventuais desvantagens causadas por desigualdade de capacidades inatas não solucionadas com o leilão hipotético⁹⁶.

Desse modo, a neutralização de fatores arbitrários continua como tônica de justiça que se aprofunda e permanece com a finalidade de não se deixar ignorar as desigualdades nos dons naturais.

Afinal, Dworkin tem, como preocupação, o aperfeiçoamento da teoria rawlsiana da justiça, tentando igualar as circunstâncias para que as pessoas se responsabilizem somente pelos seus gostos e preferências (Gargarella, 2008, p. 65).

Com este intuito, o sistema de seguro estabelecerá um caminho intermediário entre a pura sorte (*brute luck*) e sorte por opção (*option luck*), já que uma situação é pior quando não há a opção por um seguro pelos resultados do empreendimento da vida.

Esse esquema de justiça baseado em leilão e o sistema de seguros dworkiniano (2005, p. 101) visam, de modo geral, afastar os elementos de pura sorte (*brute luck*), sem que se eliminem os elementos advindos dos riscos das escolhas (*option luck*).

Dessa forma, garantem-se as recompensas da “sorte por opção” àqueles que apostam e arriscam-se mais nas escolhas da vida, ao passo que, aos cautelosos, que optaram por não correr riscos, restam as consequências de possuir menos recursos em relação àqueles que deliberadamente enfrentaram mais riscos e incertezas (Dworkin, 2005, p. 93 – 96).

Assim, em relação à “sorte bruta”, haveria uma correção por um sistema de seguros das deficiências iniciais dos indivíduos, as quais vieram acarretar uma menor disposição de recursos.

Cabe ressaltar, porém, que Dworkin (2005, p. 89) admite que essa formulação não é algo absolutamente realizável, mas funciona como um importante orientador da política igualitária, que, conforme se apresentará no próximo item, não é oposta à ideia de liberdade.

4.9 A conciliação da liberdade com a igualdade ou sobre a falsa disputa

Os termos “liberdade” e “igualdade” são usadas em dois sentidos, quais sejam: o sentido “descritivo”, que tenta se abster de endossar o que as palavras implicam, e o sentido normativo, que ressalta, em nível de virtude, os termos (Dworkin, 2005, p. 165). Um exemplo seria a

⁹⁶ Realizado leilão e passado o tempo, a realização de comércios, as escolhas, a quantidade de labor e mesmo o acaso poderão fazer com que as pessoas prefiram as parcelas dos semelhantes violando a regra da cobiça.

definição de liberdade como ausência de atividade de restrição ou liberdade como uma virtude de determinados sistemas políticos.

O mesmo ocorre com a “igualdade” que pode dizer respeito à mera equivalência quantitativa ou pode ser referente à ideia de que, em determinadas situações, as pessoas devem ser tratadas igualmente.

No sentido normativo, ambas as palavras serão objetos de interpretação e, como tais, estarão sujeitas a concepções prévias dos intérpretes (Dworkin, 2005, p. 166). Por essa razão, a ideia tradicional de que a liberdade conflita com a igualdade é fruto de uma específica interpretação desses termos. Sendo, dessa maneira, possível realizar uma interpretação que não comporte conflito entre elas. Esta interpretação, por sua vez, terá a tarefa de apontar quais direitos a determinadas liberdades são essenciais à liberdade ao ponto de exigir justificativas fortes para qualquer restrição (Dworkin, 2005, p. 167) e em quais aspectos as pessoas devem ser igualadas.

Sabendo que a igualdade é um conceito controverso ou “disputado” (Dworkin, 2005, p. 3) e as possibilidades é que definirão os ideais políticos, Dworkin (2005, p. 158 – 159) busca defender um ideal de igualdade distributiva, no qual a liberdade, ou melhor, as liberdades, não sejam ideais rivais, mas constitutivos do próprio igualitarismo.

Afirma Dworkin (2005, p. 160):

A igualdade de recursos, por outro lado, oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, *mas* em um processo de decisões coordenadas no qual as pessoas que assumam responsabilidade por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos. Se uma sociedade real vai aproximar-se da igualdade de recursos depende, então, da adequação do processo de discussão e escolha que oferece para *essa* finalidade. É necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado, pois o verdadeiro preço para outrem de uma pessoa ter algum recurso ou oportunidade só pode ser descoberto quando as aspirações e as convicções das pessoas são autênticas e suas opções e decisões bem-adaptadas a essas aspirações e convicções. Nada disso é possível sem ampla liberdade. Portanto, a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe dêem ou não mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida.

Por esse raciocínio, entre liberdade e igualdade, não há uma escolha derradeira real, porque a sua concepção de igualdade tem como fundo a liberdade como condição de

possibilidade, muito embora assuma Dworkin (2005, 168 - 172) que, se houvesse genuinamente um conflito da liberdade e a igualdade, esta deveria prevalecer, isto porque o fundamento da legitimidade dos governos, isto é, da submissão de uma minoria às obrigações impostas pela maioria, reside na igual consideração que aqueles possuem em relação ao destino dos cidadãos, de modo que, sem este fundamento igualitário, prevaleceria um regime tirânico (Dworkin, 2005, p. IX - X) e, obviamente, não compatível com liberdades.

Assim como seria absurdo que a melhor concepção de igualdade implicasse um governo que não demonstrasse a mesma consideração pelas vidas dos cidadãos, não há como pensar a liberdade como um valor rival da igualdade e que, em alguns casos, pode “prevalecer”.

Logo, os direitos de liberdades que se conhece não existem como contraposição independente à igualdade, mas como decorrência do exercício desta.

Para defender esta hipótese, Dworkin (2005, p. 171) estabelece uma concepção de vida boa para justificar as suas ideias quanto à falta de conflito entre liberdade e igualdade.

Por isso, para o autor, devem os governos agir para melhorar a vida de quem é governado, demonstrando igual consideração por todos, e essa vida a ser melhorada, por sua vez, será melhor quando vivida em liberdade.

Essa segunda avaliação decorre da sua proposta de ética filosófica que seja capaz de sustentar o liberalismo igualitarista, sem desconectar ética privada da vida política (Vallespín, 1993, p. 28), entrelaçando o bem-estar moral individual e o das demais pessoas interligadas na comunidade (Vallespín, 1993, p. 86 – 88). Tem como base o modelo ético “de desafio”, ou *skillful performance of living* (Vallespín, 1993, p. 30 – 31), que avalia a “vida boa”, independentemente de seus resultados objetivos e das repercussões, focando no aperfeiçoamento, na originalidade e no atendimento dos interesses críticos por cada ser humano⁹⁷.

Apenas com liberdades, esse modelo de ética pode ser realizado, e a vida boa, alcançada, o que traz a exigência moral⁹⁸ de que, somente concedendo igualmente a todo ser humano essa oportunidade de realizar seu plano de vida, é possível alcançá-la.

Assim, o autor americano eleva o debate entre igualitarismo e liberalismo a outro nível discursivo que transborda as abordagens meramente políticas.

⁹⁷ Esse modelo é oposto ao denominado “de impacto”, para o qual a teoria ética deve ser avaliada com base na satisfação de preferências ou obtenção de resultados específicos, que podem ser “alcançar o progresso da ciência”, “agradar a Deus”, entre outros. (Dworkin, 1993, p. 55)

⁹⁸ A justiça em Dworkin implica agir com respeito aos limites éticos de cada um (projetos de vida) e partindo-se da ideia da integridade, também como uma virtude hermenêutica, há obrigação o intérprete a ser coerente em relação à ética, à moralidade, à política e ao direito, de modo a afastar essa ideia de que princípios/valores entram em conflito.

Por meio desse plano de concepções abordadas, desenvolvem-se muitos conflitos nas democracias ocidentais, destacando-se os relacionados ao exercício de determinadas liberdades, sobretudo a de expressão, e o potencial prejuízo à igualdade social, em razão da alegação de que, em certos momentos, pode funcionar como endosso à opressão de sujeitos já marginalizados nas esferas econômicas, sexuais, existenciais, raciais e religiosas, por meio da violação ao direito de viver com dignidade na comunidade política.

A proposta desta pesquisa agora caminha para a análise mais detida sobre até que ponto as contribuições dworkinianas podem enriquecer o debate sobre esse tipo de dissenso, promovendo soluções que não sejam assim qualificadas apenas por decorrerem de escolhas políticas majoritárias ou de elites hegemônicas.

Para tanto, a fronteira mais longínqua que o poder político pode tentar alcançar, segundo a tese desenvolvida nesta pesquisa, é o relacionado a imaginação humana, a qual paradoxalmente não está em lugar algum e está em todos os lugares.

Deverá então estar sempre subordinada as concepções de bem específicas dos detentores de tal poder? As histórias criadas com *animus* artístico devem estar submetida às mesmas restrições que os atores reais da sociedade devem estar? Há algum direito de pleitear que a arte deva ser sempre exemplar, inspiradora e cultivadora dos melhores valores humanos? A que custo essa restrição ocorreria e quais princípios se teria que abdicar?

As respostas e as explicações que se tentará dar serão elaboradas à luz da teoria de Ronald Dworkin, influente suficientemente na contemporaneidade jurídica brasileira ao ponto de justificar o enfrentamento do tema a partir das suas teses como marco teórico desta dissertação.

5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA EM DWORKIN E UMA ANÁLISE DA OBRA ANIMADA *SOUTH PARK*

Inicialmente, é preciso confessar que a abordagem desse tema por Ronald Dworkin pode parecer uma surpresa que se está acostumado a tratar desse jurista restritamente em relação à defesa das teses dos princípios e das regras, ao modelo decisório e argumentativo da integridade às suas críticas ao positivismo jurídico.

Isto sugere a necessidade também de um enfoque não-instrumental do autor, no sentido de existir envolvimento ou comprometimento com as posições de Dworkin com relação a questões substantivas que possui em situações concretas do cenário político e jurídico norte-americano.

Por essa razão, o resgate da “substância do dworkianismo” foi necessário para as conclusões a que chegam esta pesquisa e explica também o tratamento privilegiado a essa dimensão.

O sentido de “direitos”, de acordo com o jurista, e o sentido de liberdade, dado por ele sob a ideia de independência ética e de autenticidade, serão revisitados neste momento.

Rememore-se que o objetivo é expandir a interpretação dworkiniana, de modo a contemplar a liberdade de expressão artística em destaque à liberdade de expressão “geral” e, ao mesmo tempo, enfrentar as comuns objeções que a teoria dworkiniana sofre a respeito do tema, tendo como paradigma uma controversa série animada.

É preciso realizar recorrentemente uma ambientação teórica na qual se insere o presente trabalho. Por isso, serão tratadas, preliminarmente, as questões relacionadas à liberdade de expressão em sentido amplo para, a partir dessas bases, tentar efetuar especificamente uma análise do problema do direito à liberdade artística, por uma lente dworkiniana.

Para tanto, analisar-se-á a produção americana televisiva *South Park* como amostra da possibilidade do destacamento da livre expressão artística em relação às recorrentes polêmicas a respeito da liberdade de discurso nas democracias atuais da tradição ocidental, sobretudo pelo caráter controverso e reconhecidamente obsceno e polêmico da obra em questão que o torna um paradigma amplo o suficiente.

5.1 Argumentos de princípios e argumentos de políticas

Segundo Dworkin (2000, p. 558 – 559), existem as justificativas de princípio, argumentos que defendem que alguma norma é necessária para a proteção do direito individual

ou algum grupo em face do restante da comunidade ou do aparato governamental e as justificativas de política, amparando a ideia de que determinada norma é importante pelo fato de objetivar o interesse geral.

No caso *Farber*⁹⁹, foi discutido se o sigilo da fonte jornalística deveria ceder ao interesse de um réu, que poderia ter o julgamento prejudicado no aspecto de justiça, em razão da ausência da verificação pelo Poder Judiciário de determinadas informações recolhidas por um repórter.

Dworkin (2000, p. 562) acha enganosa a percepção de que os direitos são rivais nesse caso, indicando que o cerne da questão era se a comunidade anuiria com os custos, em termos de bem-estar público promovido por uma imprensa livre, para respeitar os direitos individuais.

O privilégio à imprensa, nesse quesito, atenderia a um interesse público, por isso é construído com base numa política, formulada em termos de argumentos políticos. E, se estes podem ceder diante de outros argumentos de mesma natureza, cederão ainda mais caso se esteja a lidar com direitos baseados em princípios, que, como já visto, constituem verdadeiros trunfos dos indivíduos.

Então, saber se determinado direito está justificado em princípios ou em políticas é necessário para, inclusive, entender os seus contornos e interferir decisivamente na sua interpretação (Dworkin, 2000, p. 576).

O direito de se expressar livremente, por exemplo, sendo justificado pelo interesse público, irá respaldar privilégios a jornalistas ou concederá o sigilo a determinadas informações governamentais.

No entanto, caso seja interpretado como um direito assentado em bases principiológicas, esse tipo de poder especial da imprensa ou essa prerrogativa de prudência geopolítica do Estado seriam percebidos como instituidores de desigualdade entre particulares ou de preponderância exacerbada dos governantes sobre os governados.

⁹⁹ Conta Dworkin (2000, p. 555 -556) que, “em 1978, o dr. Mario Jascavich foi a julgamento em Nova Jersey pelo assassinato, por envenenamento com curare, de vários pacientes de hospital em 1965 e 1966. Seu indiciamento foi resultado direito de uma série de artigos a respeito das mortes desses pacientes, escrita pelo repórter Myron Farber, do jornal *The New York Times*. O advogado de Jascavich, Raymond Brown, pediu ao juiz que ordenasse a Farber e ao *Times* que entregassem à defesa todas as anotações, memorandos, gravações de entrevistas e outros materiais que Farber compilara durante suas investigações. O juiz Arnold, em vez disso, ordenou que tudo fosse entregue a ele, para que ele próprio pudesse avaliar se alguma parte do material era relevante o suficiente para que devesse ser entregue a Brown. Farber recusou-se a obedecer à ordem e foi preso por contumácia, apesar de ser subsequentemente libertado. Inicialmente, o *Times* recusou-se a entregar qualquer material sob seu controle e também foi citado por contumácia e obrigado a pagar pesadas multas. Posteriormente, entregou alguns arquivos, mas o juiz que impôs as multas, Trautwein, apresentou a acusação de que esses arquivos haviam sido ‘limpos’ e não remediavam a contumácia. Farber e o *Times* recorreram ao Supremo Tribunal de Nova Jersey, afirmando que a ordem do juiz Arnold era ilegal (...) e violava seus direitos sob a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que assegura a liberdade de imprensa.”

Então, a questão é que, se a interpretação for do tipo baseada em políticas, isso significará a abertura para que ponderações sobre questões de política, isto é, relativas ao interesse geral, adentrem na arena discursiva com argumentos adequados a esse escopo, fazendo com que alguns interesses públicos cedam diante de outros interesses igualmente públicos.

Já se a atitude interpretativa for na direção de considerar o direito à livre expressão, um direito baseado em princípios, o conflito que ocorrerá será entre dois direitos pertencentes a pessoas distintas.

De um lado, estará o direito do indivíduo como falante a ser protegido e, do outro, o da comunidade perturbada com determinado discurso eventualmente realizado (Dworkin, 2000, p. 577 – 580).

Por este raciocínio, a menos que o interesse comunitário seja pautado em riscos sociais graves, prevalecerá o direito individual.

Obviamente, na tradição norte-americana lembrada por Dworkin (2000, p. 569), a liberdade de expressão sempre sofreu algum tipo de restrição e, mesmo entre os mais entusiasmados defensores, o direito de alertar sobre fogo inexistente em um ambiente público fechado e lotado nunca foi reconhecido, e sempre existiram os direitos de ajuizar ações contra calúnia e difamação¹⁰⁰.

No exemplo do caso *Farber*, pôde-se perceber uma orientação baseada no direito justificado por política e, no segundo, referente alerta falso de incêndio, e outra fundamentada em um direito justificado por princípios.

O direito de saber, utilizado em face do sigilo da fonte da imprensa, não é um direito individual, segundo Dworkin (2000, p. 578), porque o destinatário é o público e, se afeta indivíduos, é porque a pior situação de tais indivíduos está incluída no cálculo de bem-estar geral.

Afinal, caso a imprensa não exercesse a atividade em questão que fosse objeto de curiosidade judicial, não haveria como exigir que ela o fizesse, e nenhum indivíduo teria seu direito à igualdade ou à independência vedado em razão de uma hipotética abstenção.

Em verdade, essas questões envolvendo a liberdade de expressão e a censura (restrição ou proibição) sempre envolverão “cada cidadão”¹⁰¹ numa espécie de avaliação de custo e benefício (Dworkin, 2000, p. 583).

¹⁰⁰ Houve também, a título exemplificativo, o caso *New York Times vs Sullivan* que conclui que não há difamação de funcionário público pela imprensa, salvo comprovação de malícia real ou desprezo imprudente (Dworkin, 2019, p. 237).

¹⁰¹ Expressão que se frisa para afastar a ideia de que se refere unicamente aos membros do Poder Judiciário.

O argumento político de ameaça à estrutura democrática fica à mercê de argumentos com relação ao bem público, como também a uma argumentação que considere a ameaça inexistente (Dworkin, 2000, 585). Todavia, não é possível quantificar essa liberdade, de modo que se calcule, exatamente, o quanto alguma decisão política retira de alguém uma quantidade de liberdade¹⁰² (Dworkin, 2000, p. 282).

Por isso, é necessário compreender as posições com base na sua justificação, e isto será tratado no próximo item.

5.2 As justificativas instrumentais e as justificativas constitutivas da liberdade de expressão

O voto do juiz Holmes em *New York Times versus Sullivan* consagrou, à época, o argumento de que a liberdade de expressão deveria ser protegida como o mercado capitalista, ou seja, como um mercado de ideias, que, quanto mais livre, mais próspero seria.

Esta posição considera a livre expressão como um caminho público para a verdade por meio da eliminação dos erros e que, com ela, produzir-se-iam melhores resultados políticos, os quais, por sua vez, poderiam ajudar nas escolhas políticas das pessoas, além de manter ativa a crítica ao poder (Dworkin, 2019, p. 242-243).

Houve, para Dworkin (2019, p. 240-244), uma justificação instrumental da liberdade de expressão.

A fragilidade dessa argumentação, contudo, está no fato de que as razões instrumentais podem ser invocadas em sentido contrário à liberdade de expressão quando comprovado ou apontado um maior atingimento do objetivo político estratégico¹⁰³.

¹⁰² Diferente é o caso dos direitos de propriedade que, além de mensuráveis, a sua alienação não acarreta o mesmo do que ocorre numa comercialização de direitos à expressão, que seria o prejuízo à condição do cidadão como participante da política igual aos demais (Dworkin, 2000, p. 592).

¹⁰³ A evidência é de que esse tipo de argumento foi cedendo e já nos anos 60, houve por parte do mesmo julgador, a substituição da doutrina do “livre mercado de ideias” pela doutrina da censura ao discurso que cause “perigo claro e real” à sociedade. Rememore-se que o tema da liberdade de expressão discursiva marcou a história jurisprudencial americana, tanto quando da formulação da doutrina do “perigo real e imediato” inicialmente consagrada pelo magistrado realista da Suprema Corte Americana, Oliver Wendell Holmes Jr., no caso *Shenck v. United States* (1919) no qual se julgava o ato de panfletagem em prol da ideia de não alistamento militar; quanto a sua versão aperfeiçoada da doutrina da “ação ilegal iminente”, mais restritiva em relação à censura judicial requerendo que a iminência do uso da força fosse muito perigosa e deveras realista, delineada a partir do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969) envolvendo a constitucionalidade ou não de uma marcha do grupo abertamente racista *Ku Klux Klan*. No interregno dos precedentes americanos referidos, outra doutrina da restrição judicial do discurso ganhou corpo na jurisprudência americana, a doutrina da *bad tendency*. Segundo esta, certos discursos podem envenenar tanto a opinião pública contra as vítimas contra as quais é proferido que causa uma predisposição a atuar violentamente (Monteiro, 2019, p. 49). Destaque-se que o surgimento desta última se deu, fundamentalmente, no contexto de combate às ideias políticas comunistas que supostamente derrubariam o poder constituído nos Estados Unidos da América, como se depreende dos precedentes firmados nos casos *Whitney v. California* (1927) e *Dennis v. United States* (1951).

Mas há outro tipo de justificativa, a chamada de constitutiva.

Esta considera a liberdade de expressão em si mesma valiosa, independentemente dos seus resultados, por ser um importante elemento de uma sociedade justa que guarda o mesmo tratamento aos indivíduos moralmente responsáveis. Caso contrário, o governo negaria aos seus cidadãos a decisão sobre que tipo de vida é boa, regulando e ocultando argumentos previamente (Dworkin, 2019, p. 243).

Além disso, a responsabilidade moral restaria duplamente prejudicada, porque, além de afetar o exercício de escolhas individuais, como afirmado acima, nega-se a possibilidade de as compartilhar com os demais, uma vez que, afinal, ao classificar certas convicções como desonrosas, retira-se a possibilidade de interferir na atmosfera política. Por conseguinte, segundo Dworkin (2019, p. 243), isso acarreta a perda de legitimidade de um governo que demanda obediência justificada no igual respeito e consideração para com os governados.

A igualdade demanda oportunidade de influenciar o processo político, que não é apenas eleitoral, não importando quão excêntrica seja a visão dos indivíduos, desde que potencial de interferência legítima, embora isso não deva significar que o governo respeitará todas por igual (Dworkin, 2019, p. 286).

Em razão dessas questões, é comum que a defesa estratégica da liberdade de expressão se limite ao discurso político, exatamente pela definição de seu objetivo, que costuma ser o impacto político em sentido estrito. Enquanto isso, a defesa principiológica termina por ser mais abrangente, tocando amplamente mais aspectos, como culturais, sobretudo no que toca a arte.

Isso porque princípios como o de respeito próprio e o da autenticidade da realização da vida se traduzem politicamente na defesa da igualdade política e no respeito às escolhas dos demais, o que, por sua vez, gera um sistema de direitos justificáveis.

O problema com o qual esta pesquisa se depara é como essa noção de independência ética e autenticidade se articula com a liberdade de expressão quando esta envolver manifestações preconceituosas e discriminatórias, cuja possibilidade de aumentar a qualidade de vidas dos emissores é controversa. O que, naturalmente, causa críticas importantes a Dworkin, como as de Thomas Scanlon a seguir discutidas.

5.3. Thomas Scanlon e os “atos de expressão”

Segundo Thomas Scanlon (1980), é comum que a defesa da liberdade de expressão ocorra por argumentação consequencialista, pela qual há um levantamento de efeitos positivos e negativos para que se proceda à definição de algum limite.

Esta defesa tem sido a prevalecente no mundo jurídico, pelo menos é como os tribunais têm se expressado nos Estados Unidos (SCANLON, 1980, p. 286), e isso pode ser atribuído, através de lentes de análise dworkinianas, às influências utilitaristas¹⁰⁴.

Na definição de Scanlon (1980, p. 289), os “atos de expressão” incluem qualquer ato praticado pelo agente com o fim de comunicar a um indivíduo ou mais alguma proposição ou atitude.

Esta definição, para este autor, é ampla porque inclui desde a exibição de símbolos, manifestações musicais, suicídios, homicídios e performances artísticas.

A amplificação do sentido de expressão é a raiz do argumento de Scanlon (1980, p. 289) para defender as limitações à liberdade de expressão, porque, geralmente, os defensores da absoluta liberdade, ou quase total garantia a esta liberdade, costumam ter um conceito mais restrito de expressão, o qual, normalmente, evoca a ideia de falar livremente ao público.

Como as expressões podem ser destrutivas e violentas, deduz Scanlon (1980, p. 290), que os “atos protegidos” pela liberdade de expressão são apenas uma parcela dos “atos de expressão” em geral.

Essa ramificação dos “atos de expressão”, se adviesse de uma separação entre atos de “ação” e atos de “fala”, geraria, como consequência, a inclusão em atos de “palavra” protegidos de atitudes, como falar alto numa biblioteca, em que a regra é o silêncio, ou de gritar “fogo” num teatro, e excluiria manifestações artísticas, como a pantomima¹⁰⁵ ou mesmo a imprensa impressa (Scanlon, 1980, p. 290), as quais envolvem “atos” diferentes de falar.

Todavia, esse raciocínio não parece se ajustar bem com as defesas mais comuns da liberdade de expressão e não é normalmente utilizada (Scanlon, 1980, p. 290 – 291), quando se visa salvaguardá-la da censura.

Por isso, qualquer doutrina sobre esse tipo de liberdade deve estabelecer não uma diferenciação entre “fala” e “ação”, mas entre expressões protegidas e não protegidas.

Um assalto provoca um dano por meio da ameaça falada, e a calúnia, também, afinal, ambos, fática ou potencialmente, podem embaraçar o exercício de direitos legítimos (Scanlon, 1980, p. 295).

Uma conclusão trazida por Scanlon (1980, p. 297 – 298), para quem está assentada em muito do que se tem opinado a respeito da responsabilidade jurídica. É que o critério que separa

¹⁰⁴ Sobretudo em decorrência da importância dada à clássica obra *On Liberty* de John Stuart Mill, o qual ressaltava os aspectos sociais que entendia positivos da liberdade de expressão.

¹⁰⁵ Segundo o dicionário *Michaelis*, “Pantomima” é a “arte teatral que usa gestos, movimentos e expressões faciais, imitativos ou simbólicos, como linguagem única para a comunicação com o público”.

a expressão do pensamento em “falas” ou “ações” não é muito relevante, sendo mais importante diferenciar a expressão que incita ações e funciona como boa razão para a ação em relação à expressão que é a origem da ação.

Esta divisão possibilita uma crítica à ideia de que os “atos de expressão” devam se manter livres de qualquer controle legal, ainda que eles gerem danos que seriam suficientes para limitar os demais atos.

Assim sendo, ante ao que chama de “renúncia de responsabilidade”, Scanlon (1980, p. 291 – 293) sugere que é mais fácil, para a tarefa da diferenciação, buscar o que tem acarretado reconhecidas violações à liberdade de expressão, de modo a distinguir de uma eventual regulação jurídica inofensiva.

Então, Scanlon (1980, p. 293) apresenta que o debate sobre o tema possui, como elemento relevante, não o questionamento se determinadas restrições são legítimas ou não, mas, sim, se os argumentos apresentados por estas restrições são legítimos ou não.

O exemplo seria a diferença entre falar a um adulto capaz como se pode roubar um banco e dizer o mesmo a uma criança, já que o primeiro poderia considerar as instruções uma razão entre muitas a serem levadas em conta na decisão de agir, enquanto a segunda julgaria a instrução como razão suficiente, e não apenas convincente, para a atuação criminosa.

Em suma, para Scanlon (1980, p. 287), a proteção de determinados “atos de expressão” perpassa a necessidade de defini-los, para que se possa justificar o privilégio da proteção por meio da comparação de finalidades e interesses.

O mérito de Scanlon, nesse sentido, é amplificar o conceito de expressão para além dos discursos formalmente públicos para abranger uma série de manifestações comunicativas e capazes de interferir no ambiente político e moral de uma sociedade.

Todavia, não é possível distinguir, com muita facilidade, qual o fundamento do caráter de legítimo dado a uma razão restritiva, tampouco garantir um sistema de direitos com esta base.

Esse fato demonstra como o consequencialismo de Scanlon não oferece a segurança necessária às exigências dworkinianas a respeito dos direitos individuais, já que lega, em certa medida, a definição do critério da restrição às especulações e às preferências pessoais.

Dworkin, por sua vez, rejeita conjecturas a respeito das consequências da liberdade de expressão. Este autor ressalta que tão somente apenas a restrição diante de um “perigo claro e

iminente”¹⁰⁶ não representa, de maneira alguma, um resquício utilitarista eventualmente utilizado para situações bastante controversas.

Para Dworkin, nesse caso, a restrição se justifica porque pode vir a ser impeditiva de acesso a um recurso a um ofendido, e este tinha direito ao referido recurso, cujo usufruto lhe foi negado por conta da subtração realizada pelo discurso enunciado (Rosa, 2014, p. 171).

Desse modo, a tese dworkiniana a respeito dos limites da liberdade de expressão ocorre como continuidade da justiça distributiva proposta pelo “leilão ideal”, bem como a teoria dos direitos que apenas podem ser restritos diante de outros direitos¹⁰⁷.

Em suma, por defender sua posição, Dworkin enfrentará variados críticos, mas serão destacados os debates mais convenientes para a investigação a respeito das contendas envolvendo a liberdade de expressão artística.

5.4. As controvérsias a respeito da liberdade artística

É comum, na pesquisa jurisprudencial brasileira, o posicionamento titubeante das cortes judiciais brasileiras com relação à defesa da liberdade de expressão, ora prevalecendo o direito à livre expressão¹⁰⁸, ora prevalecendo a proteção aos direitos da personalidade atingidos pelos discursos¹⁰⁹.

Este subcapítulo versará sobre os debates teóricos ocorridos em torno da liberdade de expressão na arte e no discurso, de modo a serem levantadas as principais objeções, críticas e respostas ao conflito com os direitos humanos.

Ao longo do desenvolvimento, será trazida questão da pornografia como uma manifestação artística merecedora ou não de censura, em razão do problema específico que sua prática pode acarretar às mulheres.

¹⁰⁶ Expressão criada pelo juiz americano considerado um dos cânones do realismo jurídico, Oliver Wendell Holmes.

¹⁰⁷ Conforme adiante será explicado, mas convém a antecipação, todo direito, no sentido dworkiniano é um direito ao usufruto de um recurso que originalmente possui no caso da adoção da sua justiça distributiva, que tem como papel corrigir os vícios de origem das desigualdades e injustiças e não instrumentalizar direitos para realizar determinadas metas sociais.

¹⁰⁸ Sobre a liberdade de expressão no âmbito dos programas de humor há precedente relevante em ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4451 do Distrito Federal, que foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, ABERT, requerendo o rechaço da Suprema Corte brasileira ao artigo 45, incisos II e III, da Lei Federal nº 9.504/1997, o qual impedia a sátira e o humorismo de candidatos nas eleições.

¹⁰⁹ No julgamento do Recurso Especial nº 1.487.089 – SP, o Superior Tribunal de Justiça manteve condenação ao humorista Rafinha Bastos em indenizar a cantora Wanessa Camargo após um comentário desrespeitoso a ela e a um nascituro no extinto programa humorístico Custe o Que Custar – CQC.

Para tanto, serão levantados os principais argumentos feministas, elaborados pelas filósofas Andrea Dworkin e Catherine MacKinnon, em defesa da restrição dos produtos pornográficos, uma vez que, segundo as autoras, em nome da liberdade de expressão, provocam prejuízos desproporcionais sobre o sexo feminino e consistem em um fenômeno maior que um conjunto de discursos.

Ademais, será explorada a divisão em tipos de justificativas para a liberdade de expressão artística de acordo as teses dworkinianas, para acrescer à controvérsia os argumentos do filósofo Stanley Fish sobre o politicamente incorreto na cultura americana, de forma a argumentar no sentido de que, em relação às obras de arte e à liberdade de produzi-las, deve-se adotar um tratamento jurídico diferenciado da questão em relação a outras liberdades.

5.4.1 A questão da pornografia e os tipos de justificativas para a liberdade de expressão artística

Dworkin (2000, p. 525) inicia sua argumentação a respeito da liberdade de expressão nas artes, supondo a existência de um direito imaginário.

Este direito é o de independência moral que constitui um direito do indivíduo de “não sofrer desvantagem na distribuição de bens e oportunidades sociais, inclusive desvantagem nas liberdades que lhes são concedidas pelo Direito criminal”, tão somente porque o modo como a sociedade opina sobre a condução de suas vidas é negativo.

A força de tal direito consistiria em evitar que a maioria de membros da sociedade, que, eventualmente, se sentisse enojada ou aviltada com o exercício do referido direito, possa, em nome de uma melhor situação social, violar os direitos das minorias por razões relacionadas aos gostos e às escolhas pessoais. Ademais, que a citada violação ocorresse por força de uma teoria política, dentre inúmeras distintas, sobre como a comunidade ficaria melhor (Dworkin, 2000, p. 534).

Fixados esses pontos iniciais, Dworkin (2000, p. 514 e 515) realiza essa análise ao contexto exemplificativo da pornografia, afastando o reconhecimento de um direito à liberdade geral e reconhecendo um direito à liberdade da expressão pornográfica.

Nesse sentido, o autor indica que as restrições não afetariam direito à “liberdade substantiva”, mas, sim, a uma parcela desta. Tais restrições poderiam se dar meio de decisões judiciais que deferissem o pleito de restrição ao consumo de produções pornográficas impregnadas de razões relativas à repulsa social¹¹⁰.

¹¹⁰ Relatório Willians foi o nome dado a um Relatório do Comitê sobre Obscenidade e a Censura de Filmes de Londres de 1979 para a discussão sobre a permissão, proibição ou restrição de materiais pornográficos, O

Para destacar a pornografia como paradigma de análise, os escritos dworkinianos realizam uma distinção, em termos de ofensividade, entre a permissividade privada e a proibição pública.

O referido filósofo do direito argumenta que não resta bem explicada a tese de que as convicções morais apenas seriam afetadas em caso de publicidade de conteúdo e não seriam afetadas quando a externalização ocorre de maneira não pública, não sendo consistente o posicionamento moral que condena o uso privado do uso público.

Percebendo que o tema é obscuro na literatura crítica, Dworkin (2000, p. 498) tenta clarificar o modo argumentativo de lidar com a pornografia, por isso passa a apontar para duas justificativas comuns à posição liberalizante no que se refere às expressões humanas em geral, estendendo-lhes às expressões pornográficas.

Uma justificativa comum é a “baseada no objetivo” de matriz consequencialista, preocupada com os efeitos da liberação de certos conteúdos na comunidade. Esse posicionamento leva a avaliar a decisão proibitiva como causadora de efeitos mais deletérios que a permissão de circulação de conteúdo.

Explica Dworkin (2000, p. 500) que o argumento da “condição prejudicial”, ou seja, de que se deve proibir aquilo que provoca um dano ou tem potencial para tal não seria uma boa defesa da pornografia. Isto porque a natureza do prejuízo a ser considerado ao decidir pode ultrapassar a aferição de um resultado físico muito evidente, podendo ser ampliado à constatação de irritação ou de incômodo mental ou ambiental, enfraquecendo ainda mais as posições mais liberais.

Já a argumentação “baseada em objetivos”, conforme afirma Dworkin (2000, p. 523), aposta que, apesar do incômodo em curto prazo, em longo prazo, a sociedade estaria em melhor situação se, por exemplo, não impedisse que comunistas defendam invasões russas, ou neonazistas publiquem textos louvando Adolf Hitler.

O problema decorrente desse tipo de estratégia argumentativa é especulativo, composto por “razões contingentes”, embora não defendidas contingencialmente, sendo incapaz de justificar a posição consistentemente.

argumento do relatório Williams que enfatiza a ideia de que “se for possível demonstrar que a exibição pública de pornografia, na forma de propaganda, por exemplo, causa um dano acentuado ou especial ao passante, embora o pressuposto da estratégia Williams seja forte o suficiente para derrotar os argumentos da proibição, pode capitular perante as reivindicações a favor da restrição. Mas qual é o dano especial ou sério que a exibição pública poderia causar? Não é o perigo de assalto violento ou abuso sexual. O Relatório rejeitou as provas oferecidas a favor disso, de que mesmo a pornografia irrestrita causaria um aumento de tais crimes, como sendo, na melhor das hipóteses, inconclusivas. O dano é do tipo sugerido pelas palavras que o Relatório adota: ‘caráter ofensivo’” (Dworkin, 2000, p. 511).

Embora a liberdade concedida aos citados discursos odiosos, em última instância, pudessem vir a proteger as expressões e os discursos políticos (Dworkin, 2000, p. 524), as expressões como a pornografia não parecem aptas a partilhar desse argumento liberal-utilitário baseado no atingimento de objetivos.

Afinal, o objetivo de ter a livre expressão como uma proteção à discussão pública não parece ter a exibição de obras pornográficas como indispensáveis, já que estas produções não são geralmente vetores diretos e fortes de propósitos que visam ao aprimoramento do debate público. Além disso, uma argumentação como essa para os conteúdos que atraem repulsa possui fundo utilitarista¹¹¹.

A visão utilitária não explica suficientemente o porquê de o acesso privado à pornografia dever remanescer, a despeito de sua restrição ou proibição de exibição pública. Afinal, a maioria social aviltada com o conteúdo pornográfico permaneceria enojada com o conteúdo, bem como continuaria partidária de que expressões artísticas dessa natureza são causadoras de danos¹¹².

Necessário se faz, então, construir uma visão “baseada nos direitos”, na qual a defesa de que a restrição da liberdade de expressão caracteriza, independentemente dos resultados, uma violação a direitos morais e políticos individuais dos integrantes da comunidade.

Dworkin (2000, p. 536 – 337), para tanto, levanta dois argumentos que poderiam ser utilizados para a permissão privada da apreciação da pornografia diante de uma sociedade em que houvesse a consagração da abordagem utilitarista do tema.

Um argumento, chamado de pluralista, seria que o utilitarismo não se caracteriza como único ideal político considerável e que outro ideal permissivo quanto à existência da pornografia privada pode, para consecução de seus objetivos, ser mais relevante.

Outro argumento, que, segundo Dworkin, tem mais chances de ser bem-sucedido na discussão, fundamenta-se em questionar o porquê de a justificativa utilitarista ser importante para a situação em questão e analisar em que consiste esta característica da justificação.

Conforme afirma Dworkin (2000, p. 537), a importância do apelo utilitarista reside no propalado princípio da igualdade em relação à consideração das preferências ao somatório constitutivo do conceito de felicidade social. Logo, ainda que a satisfação ocorra de forma

¹¹¹ Como a apontada no relatório Willians do Comitê sobre Obscenidade e a Censura de Filmes de Londres referido anteriormente.

¹¹² Para contornar esse impasse, Dworkin (2000, p. 520) opta por argumentar no âmbito do direito à privacidade, o qual estaria atrelado a uma defesa baseada em direitos, porque somente assim se terá um trunfo contra as demandas das maiorias políticas de promover determinadas objetivos ou metas sociais em prejuízo dos planos de vida individuais.

diferente individualmente para os integrantes da comunidade, cada membro será contabilizado igualmente para o cálculo.

Todavia, apesar das pretensões igualitárias, o argumento utilitarista não é suficientemente forte no que tange à pressuposição de que alguns sujeitos terão que ceder em aspectos relevantes de sua vida, para que algumas reduzidas demonstrações de sensibilidade não ocorram.

Em outras palavras, a fragilidade do utilitarismo está no fato de que há uma desmedida entre as unidades de “satisfação” de abster-se de expressar e de simplesmente não se chocar com conteúdo, o que viola o próprio caráter igualitário do utilitarismo, revelando o desacerto de orientação porque promove uma desigualdade.

Para enfrentar especificamente as objeções à pornografia, Dworkin (2000, p. 553) busca utilizar a teoria a respeito dos direitos, para a qual estes últimos são parte de uma teoria política justificatória do ponto de vista moral.

Este ponto de vista moral preceitua que o Estado deve tratar todos os indivíduos com igual respeito e consideração, e esse fato só fará sentido quando o direito desses sujeitos estiverem em oposição a preferências comunitárias que buscam cassá-los, sendo importante destacar que um dos aspectos mais marcantes do liberalismo dworkiniano é a depuração dos aspectos teóricos dos posicionamentos, muitas vezes implicitamente utilitários.

Daí a rejeição no debate quanto à argumentação consequencialista da liberdade de expressão de esta só poder ser justificada se figurar como promotora de algum *status* positivo em longo prazo, o que representa o cerne do famoso argumento de Stuart Mill fortemente incorporado à tradição jurídica norte-americana.

Ademais, em relação à pornografia, somam-se as objeções à liberdade de expressão artística importantes e consistentes pretensões feministas em prol da censura (Dworkin, 2019, p. 264). Porém, no mais das vezes, as críticas de origem feministas são mais sofisticadas e não ocorrem como um julgamento do caráter obsceno ou sexual das produções, mas sim são sustentadas pelo impacto que a pornografia tem sobre o presente de mulheres reais na sociedade.

A sofisticação das teses feministas reside no fato de estas ultrapassarem qualitativamente o argumento utilitarista convencional, voltado às especulações a respeito de felicidade social e de possíveis efeitos abstratos na circulação ou não de certas ideias.

A arquitetura da argumentação feminista é orientada por fatores que superam a teoria da *bad tendency* de que certos discursos podem acarretar atos criminosos de ódio, o que, muitas vezes, imuniza a liberdade artística ante o comum descompromisso desta em ser percebida

como um discurso público proselitista, ou mesmo da dificuldade em enquadrá-la, ante a liberalidade do fluxo narrativo do criador, como veículo de ofensa direta.

Algumas autoras feministas críticas optam por uma profunda análise estrutural para justificar que, mesmo a expressão artística, pode ser passível de ser restringida.

Dessa forma, para cumprir os objetivos deste estudo, entre os quais está o oferecimento de uma justificativa ao tipo específico de liberdade voltado à expressão artística a partir de uma teoria de direitos baseada na integridade, destacar-se-ão, no próximo item, os aspectos relevantes dos argumentos feministas e suas implicações na teoria dworkiniana.

5.4.2 As críticas feministas à pornografia e a primeira resposta de Ronald Dworkin

As autoras feministas Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin (1988, p. 24) argumentam que, uma vez os efeitos da pornografia na sociedade já tenham sido devidamente sopesados, a tarefa que resta está em se verificar se indivíduos específicos ou certas minorias estejam sofrendo efeitos negativos pela produção e veiculação do conteúdo.

As referidas pensadoras defendem que, sob a rubrica de arte, uma cadeia de exploração de pessoas desesperadas, sem poder e sem recursos, transforma os seres humanos em objetos de leilões. Alertam que, no debate público, qualquer objeção a esse mecanismo tem sido considerado *prima facie* censura indevida (Dworkin; MacKinnon, 1988, p. 24 - 25).

A concepção que o direito na doutrina americana tem da pornografia, afirmam A. Dworkin e MacKinnon (1988, p. 26 – 27), é de um discurso e, por isso, é elevada a um ambiente de irreabilidade, o que atrapalha a reflexão sobre seus efeitos concretos.

Essa ausência de uma maior reflexão estaria atendendo a interesses de produtores e consumidores que podem se valer do direito, como instrumento aparentemente neutro, para manter a produção pornográfica sob a proteção discursiva.

Para as Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin (1988, p. 27), o manto de defesa do direito à livre expressão, que permite a pornografia, aliado à institucionalização do direito à privacidade, deixa a mulher sem proteção na esfera que lhe é mais perigosa, a residencial, onde geralmente ocorre o consumo das produções pornográficas.

Outro tipo de agressão não abertamente odioso patrocinado por uma legislação permissiva é o reforço cultural do papel ideal e social das mulheres como meros objetos devotados aos caprichos e às necessidades dos homens, reforçando estruturalmente a hierarquia de gênero (Dworkin; MacKinnon, 1988, p. 28) por meio da reprodução cultural desses valores.

Na lógica da análise das autoras, quanto menos poder as mulheres possuírem, mais direito de suposta livre expressão os homens teriam (Dworkin; MacKinnon, 1988, p. 21 - 22). De maneira que, sem a valorização e a intensificação da igualdade, os direitos serão traduzidos em dominação dos grupos mais fragilizados e em mais desigualdade na sociedade.

Para as pensadoras, na arte pornográfica, são os homens que definem o conceito de mulher, e isto faz com que tal conceituação seja apenas um reflexo exclusivo de expectativas masculinas.

Ademais, a atuação de mulheres nos materiais destinadas à objetificação feminina provoca forte influência na socialização das crianças masculinas e dos jovens homens, os quais passariam a romantizar a exploração da mulher da mesma maneira que fariam se expostos intensamente a um caráter lúdico, envolvendo cenários sociais sensíveis de um campo de concentração ou de uma fazenda escravocrata (Dworkin, A., 1981).

Angela Dworkin (1980), por exemplo, opõe-se à ideia de que o debate sobre essas questões seja banal e que qualquer regulamentação do tema é uma afronta à liberdade de expressão. Afinal, segundo a autora, regulamentar esse conteúdo é via que resta, uma vez que, na ausência de leis restritivas, as atividades, como boicotes, seriam ineficazes, já que não se considera que as mulheres, maiores interessadas, sejam as consumidoras majoritárias dessas produções pornográficas.

A filósofa também critica a interpretação usual da primeira emenda à Constituição Americana¹¹³, a qual prevê que o Congresso não deve legislar de modo a estabelecer uma religião, proibir o exercício de um credo, restringir a liberdade de expressão, de imprensa, de reuniões pacíficas e peticionamentos ao Estado, afirmando que:

A Primeira Emenda, deve-se notar, pertence àqueles que podem comprá-la. Os homens têm influência econômica. Os pornógrafos têm impérios. As mulheres são economicamente desfavorecidas e mal têm acesso simbólico à mídia. A defesa da pornografia é a defesa do uso bruto do dinheiro para encorajar a violência contra uma classe de pessoas que não têm - e nunca tiveram - os direitos civis concedidos aos homens como uma classe. O crescente poder dos pornógrafos diminui significativamente a probabilidade de que as mulheres experimentem a liberdade de qualquer coisa - certamente não experimentarão a liberdade de autodeterminação sexual nem a liberdade de expressão¹¹⁴ (Tradução nossa).

¹¹³ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

¹¹⁴ "The First Amendment, it should be noted, belongs to those who can buy it. Men have the economic clout. Pornographers have empires. Women are economically disadvantaged and barely have token access to the media. A defense of pornography is a defense of the brute use of money to encourage violence against a class of persons who do not have—and have never had—the civil rights vouchsafed to men as a class. The growing power of the pornographers significantly diminishes the likelihood that women will ever experience freedom of anything—certainly not sexual self-determination, certainly not freedom of speech." (Dworkin, A., 1980)

Igualmente, ressalta a professora MacKinnon (1966, p. 29) que as relações sexuais reproduzidas pela pornografia não são apenas conteúdos, e os danos dessas produções que as envolvem não estão relacionados somente às temáticas, mas sim, à função significativa que exerce sobre a vida das mulheres.

Isso porque, em se tratando de obras pornográficas, não há distinção entre “ação” e “discurso”, não faz qualquer sentido uma diferenciação, afinal, como argumenta MacKinnon (1966, p. 30 - 31),

A discriminação não se divide em atos de um lado e discurso do outro. Os atos falam. Também não faz sentido em relação ao lado da ação. Os atos falam. No contexto da desigualdade social, o chamado discurso pode ser um exercício de poder que constrói a realidade social em que as pessoas vivem, seja de objetificação ou genocídio. As palavras e imagens são incidentes diretos de tais atos, como fazer pornografia ou exigir que os judeus usem estrelas amarelas, ou mesmo estão conectadas a eles, seja imediata, linear e diretamente, ou de maneiras mais complicadas e extensas. Junto a todos os seus suportes materiais, dizer com autoridade que alguém é inferior é, em grande parte, como as estruturas de *status* e tratamento diferenciado são demarcadas e atualizadas. Palavras e imagens são como as pessoas são colocadas em hierarquias, como a estratificação social é feita para parecer inevitável e correta, como sentimentos de inferioridade e superioridade são gerados e como a indiferença à violência contra os que estão na base é racionalizada e normalizada. Supremacia social é feita, dentro e entre as pessoas, por meio da construção de significados. Para desfazê-lo, esses significados e suas tecnologias precisam ser desfeitos¹¹⁵ (Tradução nossa).

Desse modo, o discurso pornográfico, como qualquer outro, constitui-se como elemento que interfere na construção da realidade social, bem como que reforça e alimenta valores determinados.

Nesse sentido, o tipo de discurso artístico não pode ser analisado como se estivesse em observatórios neutros de um ambiente límpido de um parlatório ideal ou de uma plateia intangível, cuja construção argumentativa discriminatória pode simplesmente ser desfeita ou desmentida com uma explicação posterior esclarecedora. Nem mesmo se pode garantir que, por

¹¹⁵ “Does this “thought” make all that discrimination “speech”? It is not new to observe that while the doctrinal distinction between speech and action is on one level obvious, on another level it makes little sense. In social inequality, it makes almost none. Discrimination does not divide into acts on one side and speech on the other. Speech acts. It makes no sense from the action side either. Acts speak. In the context of social inequality, so called speech can be an exercise of power which constructs the social reality in which people live, from objectification to genocide. The words and images are either direct incidents of such acts, such as making pornography or requiring Jews to wear yellow stars, or are connected to them, whether immediately, linearly, and directly, or in more complicated and extended ways. Together with all its material supports, authoritatively saying someone is inferior is largely how structures of status and differential treatment are demarcated and actualized. Words and images are how people are placed in \ hierarchies, how social stratification is made to seem inevitable and right, how feelings of inferiority and superiority are engendered, and how indifference to violence against those on the bottom is rationalized and normalized.41 Social supremacy is made, inside and between people, through making meanings. To unmake it, these meanings and their technologies have to be unmade” (Mackinnon, 1966, p. 30-31).

meio de notas explicativas posteriores, o mundo não será afetado culturalmente e as relações sociais não serão reproduzidas desigual e opressivamente.

Ronald Dworkin (2019, p. 267 – 269), ao analisar esses argumentos feministas, resume-os, inicialmente, a uma acusação de que a livre expressão nesse tipo de arte controversa contribui para a perpetuação e o aprofundamento da desigualdade, uma vez que encorajaria a percepção das mulheres como objetos de fantasia masculina, e não como seres humanos autônomos e dignos. O que produziria, em algum nível, um silenciamento feminino.

Afirma o filósofo americano que, nesta seara argumentativa, nitidamente se está a tratar com adeptos da ideia de defesa da liberdade de expressão na sua versão consequencialista (Dworkin, 2019, p. 270). Em outras palavras, atesta que essa espécie de liberdade, segundo as teses feministas levantadas, é dependente da qualidade de seus efeitos e a natureza das suas consequências, sendo ambos passíveis de ser qualificados como positivos ou negativos¹¹⁶, e isso será o ponto nevrálgico para qualquer decisão sobre o tema.

A respeito, Dworkin (2019, p. 272 - 273) questiona sobre qual será a justificativa para as exceções à liberdade, ou seja, para a censura de conteúdos, haja vista que, tendencialmente, a maioria das pessoas acreditam que a história humana tenha sido injusta com elas ou seus pares e requerem tratamentos especiais e regulamentação de discurso que as incomode.

Exemplifica o autor com a realidade germânica, na qual a negação do Holocausto constitui uma grave ofensa à ordem jurídica, e essa vedação não é reproduzida em todos os países considerados democráticos.

Sobre isso, não considera plausível que, da versão falsificada da história alemã, decorra automaticamente mais violência, isto porque os fiéis aos ideais de Hitler não precisam negar ou aceitar a existência do assassinato em massa de judeus para continuar sendo nazistas.

Além do mais, inúmeras falsificações históricas estão envolvidas para agrupar esses movimentos nazistas, mas apenas uma delas parece obter atenção para punição e censura, exatamente a negação do massacre sistemático perpetrado contra os judeus e outras comunidades pelo nacional-socialismo alemão durante o século XX.

Dworkin (2019, p. 273) acresce a esta questão o fato de que, ao longo da história, diversos grupos sociais foram envoltos em matérias sensíveis a respeito do lhes ocorreu, e, quando outros sujeitos relatam diferentemente por outros sujeitos, isso os ofende gravemente.

¹¹⁶ Além disso, caso se vá avaliar seguindo a orientação desse tipo de argumento, não haveria um porquê para não restringir a liberdade de expressão artística em relação a outras obras que, a despeito de não serem pornográficas, podem impactar negativamente as mulheres.

A bem da verdade, Dworkin (2019, p. 272 – 273) não nega que ideias falsas ofendam a humanidade e, em especial, as comunidades específicas, e isso exige públicas refutações, mas questiona o fato de o sofrimento, como um dano ou uma consequência, ser considerado fonte para a restrição da liberdade de expressão.

Entende o autor que as orientações norteadas pelo grau de sofrimento provocado na sensibilidade alheia tendem a ser princípios suspeitos que seriam apenas confiáveis quando utilizados para defender as ideias daqueles com os quais se concorda anteriormente.

Para tanto, relembra situações de reação ao discurso considerado ofensivo ocorridas no período medieval na Europa em relação às punições da blasfêmia perpetradas por religiosos católicos, nas escolas americanas no início do século XX, em que o evolucionismo passou a ser atacado por ativistas fanáticos cristãos, bem como em relação a representações figurativas do profeta Maomé que, em muitos casos, ensejam violência por parte de fundamentalistas islâmicos na atualidade.

Sobre este último exemplo, a série televisiva *South Park* retrata de forma espirituosa a sensibilidade muçulmana em relação à produção de imagens do seu profeta fundador.

Nos dois episódios da saga *Cartoon Wars*, os produtores criaram um cenário fictício em que uma outra animação faria um episódio igualmente fictício que retrataria Maomé, gerando discussões na sociedade, sobretudo após incidentes violentos contra os profissionais da revista semanal satírica francesa *Charlie Hebdo*.

Eric Cartman, um dos personagens mais preconceituosos da trama, defendeu, ao longo da saga, a tese de que a exibição seria ofensiva aos muçulmanos e lutou para que o episódio fosse banido, mas apenas tinha o intuito secreto de retirar do ar um programa de TV que não era de seu agrado.

Já o personagem Kyle, ponderando sobre as ondas de violência que podem advir, descobre que Cartman estava usando o medo de reações terroristas para desacreditar a liberdade de expressão.

A própria saga ironiza o fato de sua produtora, a *Comedy Central*, não ter aceitado¹¹⁷ realizar a exibição da imagem do profeta islâmico, inclusive diante de ameaças pela *Internet*.

¹¹⁷ Os próprios criadores de *South Park* já foram ameaçados por radicais islâmicos. Isso ocorreu quando “o pouco conhecido grupo RevolutionMuslim.com colocou no começo da semana uma mensagem em seu site na Internet alertando os criadores Matt Stone e Trey Parker ‘que o que eles estão fazendo é estúpido e eles vão provavelmente terminar como Theo Van Gogh por levar esse programa ao ar’. O site colocou uma foto chocante de Van Gogh, cineasta holandês morto em 2004 por um militante islâmico por causa de um filme que ele havia feito, o qual acusava o Islã de fechar os olhos para a violência contra as mulheres. Também postou um link para um artigo de imprensa com detalhes de uma mansão no Colorado, aparentemente de propriedade de Parker e Stone (...).” **Após ameaça, episódio da série 'South Park' é censurado**. G1, 2010. Disponível

Todavia, utilizando o artifício de metalinguagem, na história fictícia, supostamente a representação ocorreu, e a resposta muçulmana, apontada na série, foi a produção de animações islâmicas caçoando do presidente dos Estados Unidos, do povo americano e de Jesus.

Curiosamente, as ameaças pelas mensagens consideradas demeritórias em 2006 não ocorreram em julho de 2001 (antes dos atentados em solo americano em 11 de setembro de 2001), quando se exibiu a representação de Maomé no episódio *Super Best Friends*.

Na história contada, parodiaram-se as figuras religiosas de Jesus, Buda, Moisés e o Profeta Maomé como integrantes de um grupo convocado pelo personagem Stan para combater um vilão mágico chamado David Blaine. Curiosamente, à época, não houve qualquer manifestação ou suposição de que a representação feria sentimentos religiosos.

Não há como negar que é lacunoso o argumento do sofrimento a determinados grupos, mas ainda é possível objetar a tese de permissividade quando se volta às situações nas quais a defesa da restrição da liberdade de expressão artística se dá não pelos conteúdos projetados no imaginário social, e sim pelo modo como a suposta arte é realizada, e, sobre esse segundo argumento, versará o próximo tópico.

5.4.3 As réplicas feministas e as reflexões finais de Dworkin

Respondendo aos argumentos de Ronald Dworkin, Catherine MacKinnon (1996), por outra via argumentativa, advoga pela proibição de obras supostamente artísticas que possuam caráter pornográfico.

Esta pensadora questiona o recorte inexplicável que é feito entre o sexo real e o representado na pornografia, como se o realizado nesta residisse em outra dimensão da existência e apartado da materialidade que envolve a relação real entre os corpos representados nas produções (MacKinnon, 1966, p. 29).

Segundo a autora, essa separação artificial tem como efeito o oferecimento de licença às ações de coerção socioeconômicas e aos discursos de subjugação (MacKinnon, 1966, p. 29), nos quais se envolvem as obras dessa natureza, por meio da concessão de guaridas legais e constitucionais.

Às críticas de Catherine MacKinnon (1966, p. 21) de que “pornografia contém ideias, como qualquer outra prática social”, somam-se os argumentos de Andrea Dworkin (1996, p. 22 - 23), para a qual a pornografia, como distribuição de material de sexo explícito por meio de

em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2010/04/apos-ameaca-episodio-da-serie-south-park-e-censurado.html> Acesso em: 22 mar. 2021.

imagens ou palavras que subordinam e objetificam as mulheres, não se restringe ao que é apresentado na produção da arte, mas inclui um ponto de vista relacionado ao que realmente ocorre no mundo real.

Em outras palavras, para as pensadoras, a produção pornográfica não é uma obra humana independente da realidade, que deve ser interpretada levando em consideração o seu discurso ou suas representações, mas deve ser entendida como uma sucessão de atos cuja licença artística não consegue apagar a natureza presente nos atos perpetrados quando da sua feitura.

Fica evidenciado que essa alegação constitui o argumento mais difícil para Ronald Dworkin contornar em *Only words*, de MacKinnon (1966): o produzido na pornografia é uma prática, não apenas um discurso abstrato destacado das relações sociais, o que, em certa medida, alinha-se às objeções realizadas por Thomas Scanlon.

Afinal, é difícil negar que, quando mulheres concretas em relações sexuais reais são exibidas por anos graças aos meios tecnológicos, pode-se promover uma violação aos direitos da figura feminina retratada, já que se deu por meio da utilização de uma cadeia econômico-produtiva marcada estruturalmente pela submissão e pela exploração por razões de gênero, de raça e de classe.

Já o argumento da degradação da imagem feminina na cultura não possui semelhante força, porque outras obras artísticas podem igualmente possuir uma visão objetificada da mulher, sem serem necessariamente pornográficas, ou ainda que sejam desta qualidade, podem envolver técnicas de animação ou outros expedientes audiovisuais que não impliquem a instrumentalização direta dos corpos de atrizes reais.

Uma evidência disso é que estes dois últimos contraexemplos de produções artísticas não são geralmente alvos de tentativas de restrição de expressão quanto o são os materiais pornográficos performados diretamente por humanos.

Assim, caso aplicado o referido argumento que visa preservar a imagem feminina da degradação machista, a defesa pelo reconhecimento do direito à restrição a qualquer obra artística que não apresente o ideal de mulher levantada pelas autoras feministas, ainda que haja mulheres presentes na cadeia de exploração.

Dworkin (2019, p. 278) chega a afirmar que, levadas às últimas consequências, não apenas a pornografia, mas quaisquer obras politicamente incorretas que apresentassem desigualdades, seja para as mulheres ou para outros grupos sociais, deveriam ser proibidas pelos governos.

Direcionando sua contestação à MacKinnon, Dworkin (2019, p. 278) interpreta que esta autora entende que o ideal de igualdade da Constituição americana respalda, na interpretação constitucional, um equilíbrio que não inclui a pornografia como componente do debate público, devendo, por esta razão, sofrer restrições.

Ademais, alerta que a proibição à determinada expressão artística, para obter o efeito de ajudar a expressão de mulheres, dependerá do reconhecimento de um direito ao entendimento e à amabilidade ao conteúdo da fala (Dworkin, p. 281). O que, para ele, vedaria a ridicularização de criacionistas ou de terraplanistas, por exemplo, para que suas dignidades fossem devida e efetivamente protegidas.

Prossegue afirmando que, de fato, as mulheres da cadeia de produção pornográfica sofrem pela disponibilização eterna do material, além de que elas geralmente participam como subordinadas e, por vezes, são vitimizadas pela perpetração de opressões e crimes não raros simulados como contratos regulares e paritários.

Só que Dworkin (2019, p. 282) pondera que há meios comuns para perseguir essas violações¹¹⁸, sem que se proíba a pornografia e restrinja tão fortemente o direito à livre expressão artística.

O argumento de que as obras de pornografias não são só palavras e, portanto, produzem satisfação e fantasia masculinas, incrementando a ideia de poder fisiológico forjado nas estruturas patriarcais não seria consistente, justamente porque outros tipos de obras de arte podem ser impactantes nesse sentido reprodutor de ideias machistas, sem ser pornográficas e sem se relacionar, especialmente, com a posição específica das mulheres (Dworkin, 2019 p. 283).

MacKinnon contra-argumenta, acusando os liberais de condescendência com a pornografia por serem movidos pelo autointeresse, e não por questão de princípios, isto porque derivariam o raciocínio liberalizante da concepção de mercado de ideias de Stuart Mill, para o qual a verdade prevaleceria no ambiente de discurso livre. Porém, a autora ressalta que essa posição teórica é contraditória, uma vez que a pornografia não contribui especialmente para esse fim.

A respeito, é preciso situar este último argumento como um argumento utilitarista, que não é o principal à defesa da livre expressão para o autor americano.

¹¹⁸ Ademais, afirma que argumento consequentialista de MacKinnon não é provado empiricamente uma vez que seus escritos carecem de estudos confiáveis sobre o tema (Dworkin, 2019, p. 278 – 279).

Para Dworkin (2019, p. 288), reconhecer a liberdade de expressão daqueles indivíduos com os quais não se concorda é o outro lado da igualdade, quando aceita como valor a ser protegido numa determinada comunidade.

Assim, os gostos e as preferências fanáticos ou odientos não merecem ser objetos de persecução penal, tampouco de constrangimento cível, mas devem ser destinatários de indignação, desgosto, ridicularização e descrédito (Dworkin, 2019, p. 288).

Não há, para Dworkin (2019, p. 309), o direito a se ver livre de efeitos discursivos que afetam o autorrespeito, porque isso significaria uma deformação da independência ética que também é decorrente do próprio autorrespeito.

Então, a censura nessas situações configuraria uma negação da responsabilidade moral dos sujeitos, bem como se negaria a estes da chance de influenciarem o ambiente moral onde existem.

Ressalta Dworkin (2012, p. 381):

O material sexualmente explícito é protegido por um direito à liberdade de expressão, não porque exprima uma posição política – isto é improvável –, mas porque os únicos argumentos existentes para o banir são, como afirmei, ofensivos para a independência ética.

Esses ataques de correntes conhecidas como “críticas” do direito, se analisadas pelas ocasiões interpretativas de que se vale este estudo, podem ser mais bem compreendidos, inclusive nos equívocos, pelo fato de se enxergarem como concorrentes ao “legalismo liberal” (Dworkin, 2012, p. 151) e, por isso, contra este, miram seu arsenal crítico.

Se o objetivo de MacKinnon e Angela Dworkin, por exemplo, for apontar que a legislação é fruto de homens que buscam ajustar a governança comunitária a suas preferências pessoais, em vez de a ajustar a princípios morais e políticos coerentes, a contradição exposta pelas pensadoras será construída como uma interpretação explicativa, a qual visa apresentar um significado específico de um objeto a uma audiência.

Neste caso, de modo algum será uma concorrente de uma posição liberal dworkiniana (Dworkin, 2012, p. 151), cuja interpretação é colaborativa, ao passo que se busca revelar aquilo que autor tinha pretensão de melhor comunicar, assumindo, para tanto, que se procura significado de determinado conceito produzido e reproduzido por uma comunidade, na qual o intérprete inclui-se e pode alterar o problema interpretativo.

Isso porque as duas tarefas poderão ser complementares, uma visando desmistificar causalmente o direito, e a outra ajustando-o a uma interpretação que traga a melhor luz aos seus

fins, mesmo que esse ajuste signifique ir de encontro aos fatores causais-explicativos expostos na tarefa desmistificadora.

Dito por outro modo por Dworkin (2012, p. 152), “não existe conflito em ver as causas da legislação na cobiça e em interpretar essa legislação de maneira a contrariar a cobiça”.

Assim, deixe-se claro que são enfrentamentos distintos, portanto, comparáveis à conduta na situação hipotética de que, diante de um quadro realizado por pintor com uso de material de origem criminosa, ao realizar-se a tentativa de interpretar a obra, deixar de tentar ver da melhor forma o bem artístico criado e como realizador dos melhores fins artísticos, para buscar uma significância causal restrita ao fato de que “o pintor roubou a tela e o pincel” ou “furtou as tintas”.

Por mais que a pintura retratasse, eventualmente, uma revolta contra a polícia, os aspectos causais dos quais se foi informado, o roubo ou o furto, complementam a interpretação e não a determinam no sentido de que, necessariamente, o quadro represente uma apologia ao crime.

Assim, apenas se considerar a pintura na pior “luz” possível, insistindo que é a melhor possível entre as demais, que se poderá considerar estes estudos críticos como “inimigos do legalismo liberal” (Dworkin, 2012, p. 152).

Esse processo dialógico do liberalismo não apenas tem ocorrido com os estudos “identitários”¹¹⁹, como também em relação a uma possível dimensão retórica do tema, o que, aparentemente, é ignorado por Dworkin, como se verá.

5.4.4 O politicamente incorreto segundo Stanley Fish e o debate com Dworkin

Inicialmente, cabe rememorar que, para a tese jurídica dworkiniana, os direitos no sentido forte constituem verdadeiros trunfos protegidos de interferências majoritárias, quando estas não possuem razões especiais.

Por tratar-se de objetivos políticos individualizados, esses direitos e essas interferências, as quais ensejarão ou não a aplicação de uma restrição aos primeiros, não se referem à avaliação da correção ou incorreção do exercício daquela prerrogativa pessoal pelo sujeito.

Dessa forma, um objetivo individualizado só cederá em relação a outro objetivo de igual natureza ou para deter uma situação trágica e iminente. Afinal, um direito que cede para

¹¹⁹ O termo “identitário” aqui utilizado se refere, de forma muito simplificada, ao cabedal de estudos relacionados à construção das identidades dos sujeitos a partir de aspectos não exclusivamente relacionados à condição econômica.

qualquer meta social, não há como ser reconhecido como um direito, visto que seria inócua e fraca tal concepção.

Assim, a argumentação consequencialista, por si só, não apresenta justificativa robusta para a limitação de um direito como se tem visto até o momento.

Logo, ter o direito de livre expressão, por exemplo, significa poder exercê-lo ainda que contrariamente aos objetivos políticos não individualizados, isto é, às metas políticas, tal como a satisfação da vontade majoritária ou a proteção aos sentimentos de determinados grupos.

Não é muito controversa a ideia de que existem expressões que desafiam determinados valores predominantemente adotados pelas pessoas, e isso afeta, de forma considerável, o ambiente social, de maneira que não é também surpreendente que os indivíduos desenvolvam antipatias em relação aos enunciadores de comunicações que não obedeçam aos referidos valores.

Neste debate contemporâneo em torno da necessidade ou da justiça de eventual restrição judicial à expressão decorrente da incorreção política de determinados termos e modos de se expressar, Stanley Fish acredita que a censura ao “politicamente incorreto” ajuda a alcançar os objetivos de maneira melhor que a liberdade e rechaça a ideia da liberdade de expressão como valor maior na sociedade em relação aos demais valores.

Para Fish (1994, p. 102 - 103), a liberdade de expressão não possui qualquer conteúdo natural, mas tão somente é preenchida com qualquer tese substantiva que vise à promoção de qualquer verbalização, ou seja, possui fins retóricos, já que, a bem da verdade, as restrições são constitutivas da expressão humana.

Assim, a liberdade de expressão não pode ser compreendida como um valor em si mesmo, exatamente porque é produzida sob uma atmosfera em que alguma concepção de bem previa e estruturalmente impera. De modo que, em algum momento, certamente, haverá um conflito entre a livre enunciação e as instituições inseridas nesse contexto, as quais se manifestarão no sentido de estabelecerem que a liberdade para se expressar não é irrestrita, e um conjunto de determinadas temáticas deve ser excluído do discurso (Fish, 1994, p. 104).

Fish (1994, p. 106) relembra as palavras do juiz Holmes, que definia que toda ideia é um incitamento a outrem, e, como costumam estar organizada em frases, estas, potencialmente, estão sujeitas a alguma regulamentação, de acordo com o que foi incitado.

Para o autor, quando um tribunal protege a livre expressão em desfavor de um bem que é afetado pelo exercício da liberdade, não é porque detecta a inexistência de consequências para o discurso que julga, mas porque aquela liberdade vale mais que o bem ameaçado (Fish, 1994, p. 107).

Como é perceptível, Fish (1994, p. 108) possui uma visão mais restritiva da liberdade de expressão que Dworkin, porque, para aquele, as restrições são constitutivas das comunidades, seja de qual for a natureza. Assim, as limitações nos discursos se ajustam à definição da própria comunidade, ao propósito comunitário, à participação de membros e às pressuposições existentes que caracterizam a visão predominante em grupo.

Também confronta o argumento consequencialista de que “as melhores ideias prevalecerão” no livre intercâmbio, alegando que não é plausível a justificativa de exigir que os oprimidos suportem os discursos humilhantes e de ódio até que o futuro esclarecido prometido chegue.

Argumenta, conseqüentemente, que o efeito desse tipo de abordagem consequencialista em relação à liberdade de expressão ilimitada é a deslegitimação das denúncias dos grupos em prejuízo e, também, a aceitação da dor de parte da sociedade em nome de um futuro melhor que poderia chegar para todos (Fish, 1994, p. 109 - 110).

Segundo Fish (1994, p. 113), a ideia de que fatos têm interpretações disputáveis não pode obstar a rejeição do que seja falso:

Mas o fato – se posso usar essa palavra - que verdades estabelecidas sempre podem ser perturbadas, menos teoricamente, não significa que não podemos afirmar e confiar em verdades que, de acordo com nossas luzes atuais, parecem indiscutíveis; em vez disso, significa exatamente o oposto: na ausência de certeza absoluta do tipo que pode ser fornecido apenas por revelação (algo que não descarto, mas não ainda experimentei), devemos agir com base na certeza que temos até agora alcançado. A verdade pode, como disse Milton, estar sempre em vias de emergir, e devemos estar sempre em guarda contra ser tão enganados por sua presença de maneira a ignorarmos evidências contrárias; mas, da mesma forma, quando acontece que a forma atual da verdade é atraente. Além de uma razoável dúvida, é nossa obrigação moral agir sobre ela e não adiar a ação no nome de um futuro interpretativo que pode nunca chegar¹²⁰ (Tradução nossa).

Ademais, o autor se contrapõe à noção de Dworkin de argumentos de princípios e argumentos de política, porque, para ele, apenas inserido numa agenda política particular, pode-se identificar se determinada questão é ou não baseada em princípios, de modo que não há uma concorrência entre as políticas e os princípios, mas sempre entre dois tipos de políticas que são

¹²⁰ “*But the fact-if I can use that word-that settled truths can always be upset, at least theoretically, does not mean that we cannot affirm and rely on truths that according to our present lights seem indisputable; rather, it means exactly the opposite: in the absence of absolute certainty of the kind that can only be provided by revelation (something I do not rule out but have not yet experienced), we must act on the basis of the certainty we have so far achieved. Truth may, as Milton said, always be in the course of emerging, and we must always be on guard against being so beguiled by its present shape that we ignore contrary evidence; but, by the same token, when it happens that the present shape of truth is compelling. beyond a reasonable doubt, it is our moral obligation to act on it and not defer action in the name of an interpretative future that may never arrive.*” (Fish, 1994, p. 113)

fundamentos não só destes princípios, como também das chamadas “meras preferências” (Fish, 1994, p. 117).

Logo, a política de permitir o discurso odioso, apesar de não se caracterizar uma aprovação a eles, é uma opção pela consideração dos indivíduos livres, como se estes existissem abstraídos de toda atmosfera da cultura, o que, para Fish, é o modo como o liberalismo costuma fundar suas teses.

Afinal, aduz Fish (1994, p. 118), as noções presentes nos tipos de discursos se inserem no contexto cultural em que as deliberações ocorrem e as afetam a ponto de ser responsabilidade do agente tolerante os efeitos reais da “poluição”.

Por esta análise, a divisória entre discurso protegido e desprotegido sempre foi uma luta política, e não uma questão de princípio. Sempre se analisou o que realmente está em jogo nas forças sociais para tecer considerações sobre o direito à liberdade de expressão.

Dworkin (2019, p. 287), todavia, contesta a ideia de que, para o liberalismo, as ações e os pensamentos privados não afetam as demais pessoas e não modelam o ambiente moral, porque a tônica, nesse aspecto da ideia liberal, é a definição de quem estará encarregado de modelar este ambiente.

Por força da igualdade política, os liberais defenderão que ninguém deve ser impedido de influenciar a moralidade, o que não implica acolher pretensões, como, por exemplo, de contratação com base étnica ou racial, intimidação sexual ou condições laborais quase escravocratas, mas sim no afastamento do direito de não ser insultado pelos gostos e preferências alheios, justamente porque todos têm direito a participar da construção da atmosfera moral, o que não implica, frise-se, a garantia de êxito e de endosso.

Na concepção de democracia de Dworkin (2005, p. 514), os cidadãos são livres para, na competição argumentativa, defender seus pensamentos políticos e pontos de vistas.

Além do mais, a proteção contra a censura é um direito pleiteado que não pode ser generalizado, porque sua generalização vedaria predisposições e preconceitos para com discursos que comumente são objetos veiculadores de predisposição e preconceitos, como o fundamentalista religioso (Dworkin, 2005, p. 515).

Com certo ceticismo, Fish (1994, p. 115) entende que não há nada que mitigue todos os riscos, porque não há uma orientação normativa sobre o que deve ser protegido como resultado da liberdade de expressão artística e o que não deve.

O autor apenas se restringe a indicar que, no momento, está tendente a entender que, declaradamente sem oferecer nenhuma garantia, a restrição do discurso odioso pode ser mais prejudicial que sua circulação.

Mesmo assim, reconhece a existência de “contextos especiais” que funcionam como “espaços artificialmente delimitados”, os quais garantem que “a conversa não seja levada a sério” (Fish, 1994, p. 107).

A partir do afirmado, também seria possível inferir que as obras de arte, sobretudo as humorísticas, adentrariam nesse tipo de cenário em que há um compromisso prévio de desconexão da realidade e entendimento dos limites da influência dos discursos enunciados, embora caiba lembrar a interessante conclusão do personagem Kyle do seriado *South Park* no terceiro episódio da saga *Imaginationland*.

O referido personagem, após viver um enredo que envolve o transporte ao mundo da imaginação habitado pelas fantasias humanas, a ameaça de destruição tanto, inicialmente, por fundamentalistas religiosas quanto, posteriormente, pelo próprio Estado americano conclui que a fantasia traz impacto sobre as pessoas, bem como que a influência de figuras fictícias é tão grande que estas chegam a performar uma realidade verdadeira e duradoura que um ser humano consegue em sua própria vida individualizada.

Esta conclusão, no entanto, passa a exigir que a investigação a respeito dos limites jurídicos, até então sendo realizada, passe a orbitar uma situação concreta, conforme será apresentado nos próximos itens.

Assim, a partir de agora, buscar-se-á responder ao questionamento sobre a capacidade de a teoria dworkiniana, consistentemente, justificar que as obras de arte não devem ser censuradas em razão do seu conteúdo.

5.5 A defesa da liberdade de expressão como um recurso

Retornando ao experimento mental de Ronald Dworkin nomeado de “leilão”, a respeito do qual se explanou no quarto capítulo dessa pesquisa, tem-se que, neste experimento, a liberdade é um pressuposto da igualdade sob a qual se baseia o sistema distributivo proposto por Dworkin¹²¹.

Para este pensador, a ideia de que um sujeito possui um recurso engloba a liberdade de dispor desse recurso, uma vez que as liberdades se incorporam à concepção de vida boa no que se refere ao momento da titularidade de determinado direito a certa liberdade.

No caso da dimensão discursiva, o que proporciona a realização da vida autêntica e independente é a titularidade de expressar-se, e não o conteúdo expressado, representando uma

¹²¹ É importante compreender que a temática das liberdades em Dworkin é integrada à teoria distributiva por ele defendida já que esta justifica aquelas.

equação que não envolve um comprometimento substantivo com a matéria, ou, como explica Penteadó Rosa (2014, p. 200):

Isto significa que uma expressão de opinião somente pode ser restrita se a própria expressão violar um direito, e não se a aceitação e a implementação hipotética da opinião for incompatível com (neste caso, violar) a aceitação e implementação de direitos demandados pela justiça. Em outras palavras, que negros tem um direito contra a discriminação racial não significa que propor a discriminação racial seja ela mesma uma hipótese de discriminação: será se o fato de ser proposta violar direito, e não se o conteúdo da proposta for logicamente incompatível com o direito à não-discriminação, este sim exigência da justiça.

Dessa forma, a teoria de Dworkin rejeita a noção de que qualquer liberdade inerente à vida, concebida com igual consideração e respeito, derivada da premissa fundamental do leilão fictício, possa ser suprimida com base em vontades ou interesses específicos.

Por exemplo, Dworkin (2005, p. 515), ao analisar as campanhas políticas americanas, chega à conclusão de que o sucesso ou o insucesso dos discursos estava atrelado aos gastos realizados durante os processos eleitorais.

Assim, em relação à liberdade de expressão dos discursos, para além da qualidade argumentativa, haverá uma explicação na disposição dos recursos que facilitará ou prejudicará a difusão de determinada ideia.

Na projeção de Dworkin, com um ponto de início igualitário em termos de recursos, nos diz Penteadó Rosa (2014, p. 180) que “ninguém seria proibido de utilizar seus recursos da maneira que bem entendesse, salvo limitações necessárias à proteção da segurança e à correção de defeitos de mercado”, pois, do direito de expressar determinadas opiniões, não decorre que devam ser acatadas no resultado decisório em uma democracia.

Então, se há um desequilíbrio social representado pela predominância de um discurso e pelo silenciamento de outros, os quais acarretam opressão de determinados grupos, a solução não seria simplesmente negar o direito de adultos desenvolverem suas convicções, mas sim estabelecer uma forma que compense a desigualdade inicial no que se refere aos recursos à disposição para a defesa de determinadas perspectivas em desvantagem estrutural.

Deve-se, nesse sentido, ter em mente que, como explicado por Penteadó Rosa (2014, p. 136),

(...) na obra de Dworkin temos o seguinte panorama acerca da integração entre ética, liberdades e justiça distributiva como igualdade. A justiça ingressa na ética como padrão normativo da boa vida. A liberdade ingressa na igualdade/justiça como linha de base do leilão. Assim, a liberdade ingressa na ética pela igualdade. Mas a liberdade também ingressa na ética diretamente porque (i) a boa vida é livre, já que só com liberdade existe performance e (ii) a liberdade não tem valor intrínseco, especificamente, seu valor depende da capacidade de contribuir à boa vida. Este

último caso, a saber, do valor intrínseco da arte e do valor integrado da liberdade, diz mais respeito à ética ingressar na liberdade que o contrário, pois não é só a ética que se define pela presença das liberdades, mas as liberdades é que têm seu valor decorrente da ética do bem viver. Isto significa dizer que, em Dworkin, sendo o valor das liberdades dependente da sua integração à boa vida, a ética faz parte da delimitação das liberdades.

Como passa a ser possível entender, Dworkin, enquanto defende a unidade de valores, exige que as argumentações a respeito do direito à liberdade de expressão sejam atreladas à justiça distributiva, à democracia e à igualdade. Também defende que as medidas tomadas não representarão uma espécie de harmonização de valores conflitivos, mas que os valores não apenas não rivalizam entre si, como estão emaranhados numa teia de continuidade.

Por esta razão, a articulação argumentativa de qualquer ponto depende da integridade com todas as perspectivas distintas, que, apesar de aparentar-se a um pensamento circular, representa uma abordagem coerente em se tratando das humanidades enquanto conhecimentos integrados.

Com esse espírito e por esta ótica, será empreendida a análise específica da animação norte-americana *South Park*, já utilizada como parâmetro ao longo da pesquisa, com o intento de argumentar que é possível “levar a sério” o mais infame exemplar do conflito entre liberdade de expressão artística e a proteção de certos grupos às ofensas: o humor.

5.6 Ronald Dworkin “visita” *South Park*

Em que pese a utilização recorrente das temáticas trazidas no seriado animado *South Park* ao longo do texto, são cabíveis indicações a respeito do seu contexto.

As histórias narradas envolvem situações humorísticas absurdas e com caricaturas expandidas, as quais permitem a discussão de temas, como a política, a economia, a cultura americana, o *American way of life*, os preconceitos, as sexualidades e os demais temas de relevância social ou não.

Segundo Robert Arp (2007, p. 14 – 13), o seriado animado incomoda igualmente os diversos campos de visões políticas e religiosas, mas o seu aspecto chocante possui nítido caráter reflexivo e pode ser aproveitável para as discussões atuais em torno dos direitos relativos às liberdades das mais diversas, sobretudo a liberdade de expressão artística.

O enredo se desenrola a partir dos conflitos entre os personagens politicamente incorretos, os quais, quase sempre, ironizam os ícones culturais, as convenções e as normas sociais e buscam abordar de forma incomum temas bastante controversos. Esse expediente

geralmente se dá criando teorias e acontecimentos absurdos para o mundo real, mas plausíveis dentro do contexto imaginativo (Cuboiana, 2014, p. 24), que revelariam aspectos críticos de posturas, posicionamentos e comportamentos.

De início, a descrição assemelhar-se-ia a de inúmeros programas americanos, mas, como afirma Cuboiana (2014, p. 29),

(...) o que torna esse programa tão distinto de outros *sitcoms* é esse desvio estético, transformando a realidade de forma mais radical. Isso pode ser uma das consequências da linguagem do programa, que toma uma direção mais distanciada da realidade e dos padrões culturais estabelecidos, abordando temas ou personagens considerados tabus. A animação por si só distancia o programa da realidade que aborda, mas o fato de não existir a pretensão de ser realista, ao apresentar uma animação com estilo rudimentar, com vozes alteradas, não realistas, acentua essa separação.

Isso se dá por meio do exercício da liberdade de expressão artística na construção de sátiras dentro das histórias que podem ser recebidas como ofensivas por comunidades religiosas, políticas e outros grupos (Cançado, 2019, p. 125).

Esse tipo de humor mordaz e impiedoso é antecedido, em sua exibição, por uma advertência trazida antes de se iniciar qualquer episódio. Esta advertência consiste no alerta de que “o programa a seguir contém linguagem chula e devido a seu conteúdo não deve ser visto por ninguém”.

Debruçando-se mais sobre a obra, percebe-se que o tom infame, adotado na manifestação artística, é muito mais uma desobediência aos padrões de abordagem que propriamente alguma mensagem proselitista que pretende passar ao telespectador com o intuito de convencê-lo substancialmente a adotar suas posições polêmicas em relação aos diversos temas tratados.

Verifica-se, a cada episódio, um exercício voltado ao constrangimento dos esquemas éticos da sociedade, sobretudo os aglutinados em torno dos programas morais, os quais, a despeito de não gozarem de exclusividade nos meios sociais e jurídicos, aparecem como majoritários, ou pretensamente majoritários. Assim, contra essas concepções morais públicas que *South Park* resiste e subverte (Hungaro; De Fátima Coito, 2019, p. 382).

Como os partidários da restrição às obras artísticas geralmente não discutem o caráter artístico de uma obra momentaneamente enfocada, mas insistem no potencial produtivo de ofensa a valores e a direitos (Dimoulis; Christopoulos, 2009, p. 5), exige-se do debate uma teoria que responda à questão do valor e do direito, concomitantemente, e a teoria dworkiniana é extremamente responsiva a esses aspectos.

Analisando, a partir da perspectiva da teoria de Dworkin (2003b, p. 342), de início, a liberdade não é apenas um conceito de ordem política, mas uma exigência de amor-próprio. Isto é, não há como o ser humano dar importância à vida própria se esta não implicar a possibilidade de condução por si próprio e não pelos demais.

Então, a única forma de essa liberdade ter sentido integrado, nas democracias atuais¹²², é a possibilidade de exprimir comportamentos que não tenham obrigação de constituírem-se como exemplares morais, tampouco aprisionem-se no aspecto pedagógico social, de raiz utilitária, que as disciplinas morais e a ética, e mesmo as lutas sociais legítimas, podem lhes atribuir.

Para Ronald Dworkin (1986, p. 105), a arte é uma forma de comunicação que tem o escopo de provocar uma resposta de caráter emocional a quem é apresentada. Essa resposta pode variar entre as emoções, e, por isso, não existe em arte em si mesma, mas um resultado relacional de atribuição de significado pelos seres humanos.

Esse processo deve ser construtivo e partir de uma “hipótese estética” (Dworkin, 2000, p. 118 – 119) definidora do caminho interpretativo que se prosseguirá.

A respeito, pode-se também dizer que, caso a arte só possa retratar os comportamentos adequados a determinada compreensão ética, ela será interpretada como um mero instrumento pedagógico, e não como um campo específico desafiador, provocante, inovador e, muitas vezes, carente de um sentido imediatamente óbvio.

Uma vez que, caso os artistas tenham que se submeter a uma coerção externa por uma adequação a determinados regimentos sociais, retirar-se-ia deles suas prerrogativas, decorrentes da sua independência ética que permite a concreção dos seus objetivos críticos, um dos quais é a possibilidade de criar o irreal por meio de obras ficcionais.

O que, aliás, é o que o permite se qualificar e se distinguir como artista entre os demais ofícios.

Nesse sentido, Dimoulis e Christopoulos (2009, p. 3) afirmam que

[...] a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento. Os artistas reivindicam uma liberdade quase absoluta, isto é, uma tutela particularmente intensa e privilegiada de seu direito em comparação com os demais titulares de direitos de liberdade de expressão. Aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista.

¹²² Afinal, conexão entre democracia e a liberdade de expressão, por sua vez, não se dá de forma instrumental, pois a dignidade que este tipo de liberdade protege é um essencial elemento de um conceito de democracia adequadamente concebido (Dworkin, 2005, p. 497) e que a integra, justifica-a e dá a ela legitimidade.

Assim, o conteúdo apresentado em determinada obra não tem como ser dependente da base moral, em termos de expressão, porque está fora do domínio de qualquer normatividade aplicada ao mundo real que não é o parâmetro para sua melhor interpretação. Isto porque a arte, sobretudo a narrativa, é um relato de uma esfera ou uma dimensão inicialmente existente apenas na mente do artista.

As histórias de super-heróis voadores violam a física, por exemplo, sem que os físicos fiquem tão preocupados como moralistas ficam a respeito das histórias, cujas narrativas violam as regras de moralidade.

Haverá comumente a avaliação, a aprovação, a apreciação e a desaprovação. Ou seja, a moralidade exige que, a respeito da arte, realize-se um juízo, e não uma interrupção política da sua produção de seu conteúdo em prejuízo da concretização do plano de vida do artista em seu núcleo essencial¹²³, subordinando-o ao papel de mero propagador das concepções de vida boa fixadas em determinados grupos de indivíduos.

Para Dworkin (2005, p. 515), de nenhuma noção de igualdade decorre um direito a proteção por meio da censura¹²⁴, em face de determinadas opiniões ou crenças que dificultem a vida prática de determinados indivíduos ou prejudiquem a imagem de si mesmos.

Afinal, segundo a específica concepção dworkiniana, a ética, enquanto o conhecimento voltado aos projetos de existência e as questões referentes à dignidade do viver, e a moral, enquanto a projeção comunitária dessas concepções, interferem, porém não definem a incontrollável e inesgotável fonte da criatividade humana para “contar histórias”, isto é, relatar fantasiosamente fatos irreais.

Neste sentido, *South Park* não precisa ser defendido contra as restrições por ser engraçado ou por ter alguma função social indispensável realçada por alguma utilidade, mas, sim, porque é um contexto abertamente imaginativo, o que afasta, conforme a seguir será explanado, as objeções tradicionalmente utilitaristas, tão recorrentes, como visto nos debates com Dworkin, sobre o “discurso de ódio” na atmosfera política de determinada comunidade.

¹²³ Até Fish (1994, p. 107) reconhece a existência dos “contextos especiais”, que se constituem como “espaços artificialmente delimitados”, os quais garantem que “a conversa não seja levada a sério”, sobretudo porque, vezes, a interação social representada na arte se dá na dimensão do profano, do vulgar e do inapropriado, não como um vício, mas como um propósito.

¹²⁴ Esse pleito da arte como pedagogia ética atinge a liberdade de expressão na sua dimensão mais improvável: a da fantasia.

5.7 “Going down to South Park, gonna leave my woes behind...”¹²⁵

O intento deste momento é dar uma melhor interpretação da liberdade artística com base no seu propósito específico, desfazendo-se de objeções levantadas por teses contrárias ao pensamento de Ronald Dworkin sobre liberdade de expressão, conforme apresentações anteriores, deixando-as *behind*.

Desse modo, é preciso salientar que a produção artística de modo geral sempre é uma violação da realidade, por mais que seja uma reconstituição do que houve, sempre haverá elementos preenchidos pela imaginação.

Um filme de ficção não é um documentário, não tem como escopo informar ou transmitir informações fidedignas, mas, sim, contar uma história que poderá ser boa ou ruim diante de uma avaliação realizada pelo indivíduo ao qual ela for exposta.

A existência em universos ficcionais não estão sujeitos aos padrões reais, nem mesmo os de ordem natural, por isso, a pornografia que utilize pessoas durante a elaboração pode ser passível de eventual sanção ou impedimento, porque a sua forma de produção implica tomar decisões morais e jurídicas ao submeter indivíduos reais a situações especificamente problemáticas, sobretudo dos pontos de vista e dos recortes que evidenciam o reforço às desigualdades estruturais por meio do envolvimento com relações opressivas.

Em outras palavras, as perspectivas críticas, em sentido americano, podem, dentro do seu desenvolvimento de pensamentos moral e jurídico, demonstrar que a realização de relações sexuais gravadas em vídeo mediante pagamento viola o direito dos contratados para realizar tal tarefa porque a situação de indignidade é comparável à hipótese de ocorrência de um chicoteamento real em atores que sejam intérpretes de escravizados, ocorrido em um *set* de filmagem durante a gravação de uma obra cinematográfica que retrate o período colonial escravocrata.

Por essa razão, a crítica feminista de MacKinnon, em *Only Words*, às obras pornográficas é importante, ao destacar que o procedimento de realização da obra artística pode ser aviltante, e violar direitos de sujeitos concretos.

A performance, do ponto de vista formal, realmente é concreta no mundo real¹²⁶, uma vez que há pagamentos para pessoas relacionarem-se sexualmente diante de câmeras, e, para

¹²⁵ Trecho da música tema de abertura do seriado *South Park*, cuja tradução ao português é “indo para *South Park*, vou deixar minhas aflições para trás”.

¹²⁶ Uma animação pode ser bíblica ou progressista e, eventualmente, ser criticável quanto ao conteúdo exprimido, mas a convencional pornografia comercial *live action* não escapa a uma lacuna ou vício (aos mais críticos) de processo.

além da narrativa contada, há submissão a um estilo de atuação aberta que pode vir a ser questionável moralmente, sobretudo entre aqueles¹²⁷ que elevam a importância da atividade sexual em contexto cultural do sagrado, e não como uma conduta comum que os seres humanos podem vir a realizar, tal como limpar janelas de prédios gigantescos, ou manusear materiais radioativos em uma usina nuclear, ou mesmo pilotar um avião.

Porém, o modo de produção artística pode aproveitar-se de realidades marcadas por desníveis estruturais ou endossá-las, mas não é necessário que isso ocorra.

Isso implica a necessidade demarcação moral, que relacione a forma e o conteúdo, para o estabelecimento de controles jurídicos distintos, com base não em argumentação voltada para as consequências, mas uma argumentação de princípio relacionada à maneira como foi produzida a arte para a aferição dos direitos eventualmente violados no processo criativo.

Afinal, embora o artista exista no nosso mundo, sua criação se desloca para uma existência subjetivamente construída que possui dinâmica própria, e, por isso, seria extremamente limitante, do ponto de vista criativo, a submissão a regras do universo real onde a vida concreta se dá.

Apesar disso, a avaliação, conforme se estabeleçam padrões de qualquer natureza¹²⁸, pode sempre ocorrer.

Assim sendo, censurar as narrativas ficcionais constitui uma grande violação à dignidade do artista porque significa, de certa forma, escolher por ele os teores das histórias a serem relatadas na ficção. Tudo isto por meio uma imposição de um caráter apologético a determinado esquema ético particular ou coletivo não direcionada ao comportamento esperado da pessoa que é artista, mas à própria imaginação do artística quando este for incorporar aos seus personagens valores, convicções e comportamentos imaginativamente.

Desse modo, a defesa da tolerância ao grotesco, ao sarcástico e ao politicamente incorreto de uma animação televisiva, que pode vir a ser classificado como de mau gosto e escrachado, não envolve uma cisão que crie uma desconexão ou independência total do campo artístico em relação aos valores e à moralidade.

¹²⁷ De outra sorte, é possível conceber que a realização de relações sexuais consensuais por seres humanos maiores e capazes não pode ser avaliada quanto a motivações específicas para as quais pode estar direcionada as raízes psicológicas da consensualidade envolvida na atividade. Uma posição que afastaria a concepção de que o sexo seja uma atividade dotada de algum valor especial, supostamente diferente de ações consideradas “banais” como cantar, dançar, escrever um livro ou dividir um almoço.

¹²⁸ Na avaliação das opiniões e das crenças emanadas por personagens de produções fictícias, os quais, no mais das vezes, refletem caracteres humanos, deve-se levar em conta que mesmo estes últimos não são sempre nobres e dignos de apreciação por todos.

A tese defendida entende que a maneira como se produz a arte, e não o seu conteúdo, deve estar de acordo com a moralidade que contemple a dignidade própria como condição para uma teoria de igualdade de direitos, em termos de consideração e de respeito irradiada a todos os indivíduos.

O controle sobre as obras artísticas costumam se manifestar também, quando não pela supressão das expressões dos seres fictícios, por meio da tentativa de controle do destino dos personagens¹²⁹, o que, em última instância, reflete a tentativa de usurpação do exercício do direito artístico, que é um recurso do qual pode se valer um indivíduo presente ao leilão hipotético originário, uma vez que indisponível para alienação.

Nesse sentido, é possível apontar a existência do direito correspondente, dentro do âmbito da liberdade de expressão artística, como um trunfo aos interesses políticos.

Isto lembrando que, para Dworkin, a liberdade, em sentido geral, não é um direito em si, mas, em suas expressões particulares, são pressupostos para uma vida digna, isto é, pautada pelo viver bem.

Também é importante compreender que a fuga às regras de moralidade política pode ocorrer, por exemplo em um caso no qual algum personagem tenha simpatia com o antissemitismo, como o exemplo de Eric Cartman em *South Park*. Todavia, essas violações não têm intuito de adentrar diretamente nas esferas argumentativas desenvolvidas na arena do debate em torno da verdade moral direcionadas ao trato entre pessoas reais e de igual dignidade.

Na realidade, muitos debates morais ocorrem a partir de situações hipotéticas ou narrativas construídas em torno da problematização de alguns temas. A exploração destes se dão, por vezes, em dilemas como a situação do trem desgovernado em que um indivíduo ao mover a alavanca pode salvar cinco pessoas amarradas aos trilhos e condenar à morte outra.

¹²⁹ As telenovelas brasileiras costumam ser alvo desse tipo de tentativa de controle narrativo. Em “Senhora do Destino” de 2004, escrita por Aguinaldo Silva, a vilã interpretada, dentre inúmeras maldades, tratava outro antagonista como “pedreiro fedido”, e esse fato gerou protesto por parte Sindicato da Construção Civil. Em “A Favorita”, de 2008, escrita por João Emanuel Carneiro, a protagonista foi, em algum momento, maltratada por uma carcereira, e, em razão disso, o Sindicato dos Funcionários do Sistema Prisional do Estado de São Paulo ameaçou entrar com uma ação judicial contra a rede Globo. Em 2011, grupos de direita tentaram cancelar a exibição de “Amor e Revolução”, a novela de Tiago Santiago foi a primeira a abordar o tema da ditadura militar no Brasil, que durou entre os anos de 1964 e 1985. A produção “Cheias de Charme” de 2012 e escrita por Filipe Miguez e Izabel de Oliveira, foi alvo de uma ação civil pública ajuizada pelo Sindicato das Empregadas Domésticas do Rio de Janeiro em razão de o apelido “empreguetes”, utilizado na trama, ter sido interpretado como redutor da importância social do trabalho doméstico. Em 2013, a produção de “Amor à Vida”, de Walcyr Carrasco foi alvo de protesto pelo Sindicato dos Enfermeiros do Estado de São Paulo por supostamente sexualizar uma personagem que era enfermeira e também por um grupo de ex-chacretes indignadas com a criação de uma personagem que, além de se apresentar no enredo como ex-dançarina do referido grupo, admitia já ter sido prostituta, ter problemas com a polícia e desconhecer a paternidade de sua filha.

Assim, é preciso separar o debate a respeito do discurso odioso enunciados por atores políticos reais que buscam diretamente conduzir decisões políticas para determinados fins dos discursos que meramente integram os roteiros de obras artísticas como expressões de personagens.

Isto porque, naquele, a indisposição política e jurídica se dá na defesa da dignidade atacada concretamente e situada no mundo em que visa interferir; já nos segundos, a indisposição será fruto não somente de uma desaprovação subjetiva, mas pautada numa crença da indignidade em relação a um discurso que não foi feito na realidade em que se realmente vive, formada de pessoas igualmente dignas.

A partir desse esclarecimento, as decisões judiciais sobre o tema poderão, futuramente, realizar o *distinguish* que atenda o escopo de cada proteção a liberdades que não podem ser compreendidas como iguais, o que está em consonância com a tese dworkiniana, na qual não cabe a consideração ampla para proteção a um direito geral à liberdade.

Nesse sentido, é pertinente como evidência da separação que se deseja evidenciar, a afirmação de Johnson-Woods (2007), citado por Gruda (2011, p. 46), para o qual,

O olhar dos personagens também merece destaque, sobretudo nas primeiras temporadas. Este se direciona para a câmera, ou seja, encara o telespectador. Com esta técnica o desenho animado cria uma divisão entre o mundo artificial da animação e o mundo real.

Isso permite ir um pouco mais longe que Dworkin (Rosa, 2014, p. 166) foi, mas de acordo com as suas teorias, no que se refere ao que pensava em termos de possibilidade da discriminação, a qual “subtrai, toma, ou impede acesso a bem, recurso ou oportunidade a alguém tenha direito”, afastando a ocorrência de modificação da realidade concreta ou de dificuldade o acesso ao recurso, respeitando o compromisso com o impacto das conclusões na questão de justiça distributiva.

Como não há um emissor real das “ideias odiantas”, a sua propagação não existe como um pleito, ainda que difuso, nos debates que envolvem as questões comunitárias reais na organização política existente que venha a prezar igual consideração a todos os membros.

Sendo o emissor imaginário no contexto ficcional, suas opiniões não são colocadas como proposições morais com pretensão de verdade, com as quais anui o criador, mas como uma composição do personagem criado e elaborado a partir da diversidade de pensamentos que permeiam a humanidade ainda que imperfeitos ou antiéticos e cujo retrato a obra tenta realizar.

Há, desse modo, uma diferença muito grande na maneira de se analisar uma ficção escrita no século XVIII e os registros historiográficos da época¹³⁰. Um exemplo que permite perceber o peculiar *status* das obras ficcionais em relação aos discursos odientos é cotejá-las com casos reais, como o famoso caso Ellwanger enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Siegfried Ellwanger Castan foi um autor de orientação antissemita e revisionista histórico que nega as atrocidades realizadas pelos nacional-socialistas alemães contra a população judia, apontando que uma conspiração judaica teria deturpado a história e inventado o Holocausto.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424, em 19 de março de 2004, pelo Supremo Tribunal Federal, ficou fixado que:

(...) a construção da definição jurídico-constitucional do termo ‘racismo’ requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência.

Vê-se, claramente, que Ellwanger queria rescrever a história e não teve como escopo criar um mundo imaginativo com potenciais pontos ofensivos em elementos desconectados da realidade fora dos escritos.

Por isso, muitas teorias opostas à noção abrangente da liberdade de expressão na vertente dworkiniana alertam para a periculosidade social de se autorizar a difusão de teorias falsas com vistas à discriminação de um povo, pois, até o momento presente, a existência de células neonazistas é uma ameaça real aos judeus e demais grupos perseguidos pelo neonazismo.

Diferentemente, as pretensões de realidade que acompanham as narrativas religiosas ou históricas não estão presentes nas obras artísticas e essa pretensão se refere à arguição de que se está a representar algo que, levando em conta que o máximo que a arte pode pleitear é que se assemelha à realidade, ou baseou-se na realidade, ou é uma realidade alternativa que poderia ter vindo a ser ou não. Mas, efetivamente, não há uma associação e uma coincidência imediata entre o imaginário e o real de forma declarada.

Isso permite concluir que as ideias consideradas grotescas em produções artísticas, como *South Park*, se dão em outro mundo, como relato imaginativo que podem ou não agradar

¹³⁰ Neste ponto, é devido esclarecer que a noção de arte utilizada para o presente trabalho não tem como foco a pretensão de revisão histórica.

o espectador, mas cujo escopo não é servir como razões públicas suficientes e aptas a determinar nas relações reguladas pelo Estado e no ambiente moral da sociedade sob o qual se fundamenta o tratamento que deve vir a ser dado aos cidadãos.

Não havendo, em um processo produtivo, qualquer movimento aparentemente ameaçador da dignidade e de respeito, embora as mensagens ou as histórias sejam conduzidas apenas por uma decisão autoral¹³¹ e, às vezes, existam conclusões que podem vir a ofender quem quer que seja pela sátira, não se fica justificada a censura judicial com base em alguma ameaça opressora que estaria sendo respaldada pela ofensa eventualmente detectada no enredo.

Em razão disso, recomenda-se que, no que se refere a narrações, é preciso examinar se a criação de personagens que evoquem discursos controversos e preconceituosos acarreta alguma situação drástica de perigo, pois há uma grande distinção da liberdade narrativa em relação à liberdade de expressão na arena social e real: é que o risco de desencadear situações perigosas e iminentes é reduzido, pois, performaticamente, estará ausente a pretensão de verdade, que seria típica em razões públicas do “mundo real”, no que é comunicado pelos personagens.

Ademais, haveria menos sentido, caso se concluísse que as histórias criadas pelos artistas tivessem que obedecer a alguma coerência argumentativa. Isto porque o consumo da obra de arte é condicionada a uma hipótese estética de interpretação, não uma hipótese de política ou jurídica de arranjo social com pretensão de ser considerado legítimo.

Ao mesmo passo, conclui-se que a responsabilidade ética é inexigível das pessoas das obras ficcionais, porque, simplesmente, não existe.

O que jamais poderá ser dito do caso Elwanger enfrentado pela Suprema Corte brasileira, porque, ao negar o Holocausto judeu e outras ações nacional-socialistas, por meio dos livros da sua editora, atuava o réu da ação de forma direta na realidade da arena pública, onde enunciava razões com pretensão de verdade e discursava com vistas ao convencimento.

Objetivando, a partir daí, alterar, por meio do proselitismo, as maneiras com as quais a comunidade política pensa da questão, o que poderia provocar, segundo os teóricos que defendem restrições ao discurso ofensivo, uma dificuldade provável para os judeus e outros grupos de viverem com dignidade no Brasil.

¹³¹ Tratando-se esse segundo elemento, sim, de *only words* a existência de personagens desagradáveis não interfere na distribuição social de recursos, nem diminui o tratamento digno de nenhuma pessoa, pois, caso o diminuísse, teria que se impedir, inclusive, a vilania para que as pessoas ofendidas não relembassem o que as ofende.

O intuito do editor processado era convencer, ainda que por meio de mentiras e de preconceitos, os demais indivíduos de sua visão equivocada e odienta que se apresentava como a versão correta dos fatos históricos.

Situação muito distinta ocorre, por exemplo, com o personagem Eric Cartman, do seriado *South Park*, no episódio *The Passion of the Jew*.

Um menino representado na animação, após a exibição de um filme sobre a paixão de Cristo, veste-se como Hitler e incita os cristãos da sua cidade fictícia a se vingarem dos judeus pela crucificação de Jesus, o que objetivou dar contornos humorísticos à prática antissemita.

Nesse caso, a primeira constatação é de que Eric Cartman não existe; já a segunda constatação consiste em compreender que suas ações não ocorreram na realidade, elas apenas são narradas justamente porque são de uma obra de declarado caráter ficcional; e, a terceira constatação é de o programa não possui finalidade pedagógica, tampouco busca orientar o mundo numa “direção”, como costuma apontar Stanley Fish (1994, p. 107), uma vez que até mesmo o entendimento da mensagem não é coincidente entre os telespectadores¹³².

Isto permite justificar o reconhecimento do direito de se imaginar contextos sem finalidade de educação ou de inspiração para o exercício de uma vida autêntica, ainda que produtora no ofício artístico de personagens que atuem ou pensem ilícita¹³³ e/ou imoralmente, sem que isso ameace os direitos de grupos sociais historicamente oprimidos, ou mesmo se constituam razões públicas para justificar algum tipo de distribuição de recursos na sociedade que preserve as estruturas desiguais.

5.8 “Sabe... aprendi algo hoje”¹³⁴ – Sobre a liberdade de expressão artística

Criar ficções, na arte, é justamente compor e costurar destinos imaginários para figuras imaginárias.

É certo que, mesmo desenhos animados, carregam “ideologias, críticas, posições políticas, valores” (Gruda, 2011, p. 25), mas esses aspectos específicos não os definem

¹³² A dificuldade de determinação chega a alguns casos paradoxais, nos quais as pessoas acreditam que determinada obra constitui uma crítica a determinado alvo e outras acreditam que é apologia ao mesmo.

¹³³ Separando a figura do autor da dos personagens, possibilitando apenas que artística possa ser responsabilizado pelos atos relacionados ao modo de realização, mas não pelo que podem vir a inspirar, dentro das múltiplas lições retiradas de obras de artes, afastando qualquer tese de autoria mediata por parte dos produtores de “crimes ou irregularidades cometidas por personagens”.

¹³⁴ No seriado *South Park*, pelo menos nos primeiros anos de exibição, era comum o personagem Kyle Broflovski terminar os episódios relatando alguma lição tirada do enredo com essa expressão.

peremptoriamente como arte, haja vista que outros meios estão dispostos para veicularem tais pretensões.

É o que relembra Johnson-Woods (2007, p. 79), referendado por Gruda (2011, p. 27), ao dizer:

Claro, personagens de desenhos animados não são feitos para serem “reais” - isso limitaria suas possibilidades satíricas e paródicas. Ao longo da série, os personagens fizeram o que os atores ao vivo não podem: eles cagaram para fora de suas bocas, se transformaram em monstros mecanizados, morreram e voltaram à vida. Figurativamente, eles podem fazer coisas ofensivas com relativa impunidade; cagando para fora de suas bocas e o canibalismo é potencialmente menos ofensivo quando feito por um personagem de desenho animado. Elas podem dizer e fazer as coisas mais ultrajantes porque, afinal, são desenhos animados personagem. Quanto mais grosseira a representação, menos ‘humanos’ eles parecem e maior o efeito cômico¹³⁵ (Tradução nossa).

Em realidade, o que está em jogo é o direito de pessoas que enfrentam os valores sociais predominantes terem possibilidades de criar histórias e as repassar. Indivíduos estes que enfrentam não apenas os riscos de admoestação judicial, como de ojeriza social e de ameaça de atentados contra a vida¹³⁶.

A fonte e a justificativa dos direitos às liberdades não são os sentimentos de sofrimento ou regozijo diante da sua garantia ou da sua violação, porque a justiça distributiva envolve a igualdade de recursos, e não a mensuração de bem-estar, como o faz o utilitarismo.

As sensibilidades “metafísicas” (Christopoulos; Dimoulis, 2009, p. 13) do passado e do presente sempre constituíram uma força política contrária às transgressões e às impiedade atuais, e a existência de perversões e impiedades não são motivos inéditos para condenações (Arp, 2007b, p. 101), haja vista o exemplo de Sócrates, citado por William W. Young III (2007, p. 24), que conta:

Na Apologia, Sócrates se compara a uma mosca varejeira, uma peste irritante que fica ‘cutucando’ as pessoas com suas questões desafiadoras e suas reflexões críticas com o objetivo de mantê-las acordadas e no seu lugar. *South Park* também serve como

¹³⁵ “Of course, cartoon characters are not meant to be ‘real’ – that would limit their satiric and parody possibilities. Throughout the course of the series, the characters have done what live actors cannot: they have crapped out of their mouths, morphed into mechanized monsters, died and come back to life. Figuratively, they can do offensive things with relative impunity; crapping out of their mouths and cannibalism are potentially less offensive when done by a cartoon character. They can say and do the most outrageous things because they are, after all cartoon character. The cruder the depiction, the less ‘human’ they look, and the greater the comedic effect” (Woods, 2007, p. 79).

¹³⁶ “Os criadores da série mesmo ameaçados de morte por integrantes do grupo extremista Estado Islâmico resistiram de certa forma ao ironizar e debochar com efeitos sonoros e visuais de censura à figura de Maomé.” (Húngaro; De Fátima Coito, 2019, p. 382). Ademais, pode-se apontar casos paradigmáticos como a perseguição e a morte dos chargistas da revista francesa Charlie Hebdo por um grupo radical muçulmano e o ataque à bomba realizado contra a sede da produtora brasileira de conteúdo digital humorístico, Porta dos Fundos, após o lançamento de um filme especial de Natal satirizando ícones do cristianismo.

moscara varejeira, tentando acordar a cultura americana de sua negligência e ignorância. O programa gera discussão e debate, e leva muitas pessoas a discussões de assuntos ético que, senão fosse pelo desenho, passariam em silêncio. Para um programa que, supostamente, corrompe, ele se concentra muito mais em religião, ética e democracia do que os críticos gostariam de admitir.

Ronald Dworkin (2012, p. 337) afirma que “direitos políticos são trunfos sobre justificações que, de outro modo, seriam adequadas para a ação política”, ou seja, que uma política teria a justificativa de melhorar a sociedade em algum aspecto. Nos conflitos da ofensividade da arte, a censura aparece como uma alternativa de política apta e útil, porém o direito à liberdade de expressão breca essa movimentação utilitária com uma fundamentação principiológica.

Assim, defender a dignidade dos artistas não é apenas uma questão de garantir o enriquecimento para a autocompreensão histórica das sociedades atuais, mas também serve como uma trincheira em relação à tentativa de imposição de determinadas convicções estéticas consideradas corretas e dignas no que diz respeito aos planos pessoais de vida e da sua performance.

Além de servir de alerta, sobretudo aos partidários da censura judicial, de que o poder político é ocasional e pode, rapidamente, passar para representantes com outros valores (Dworkin, 2003b, p. 342), os quais disporão de todo instrumental já concebido para restringir as criações e as expressões que venham a os afetar.

Em suma, pela ótica dworkiniana, não se desestimulam as iniciativas pela difusão de determinadas concepções de bem, apenas se retira um armamento desse arsenal político, que é a censura judicial dos discursos artísticos.

Ademais, Dworkin (2006, p. 132) alerta a todos:

Nós podemos e devemos proteger mulheres, homossexuais e membros de grupos minoritários de consequências nefastas de sexismo, intolerância e racismo. Devemos proteger contra a injustiça e a desigualdade no emprego, na educação ou na habitação ou no processo criminal, por exemplo, e podemos adotar leis para conseguir essa proteção. Mas não devemos tentar intervir grandemente, proibindo qualquer expressão das atitudes ou preconceitos que pensamos nutrir tal injustiça ou desigualdade, porque se intervirmos cedo demais no processo pelo qual opinião coletiva é formada, nós estragamos a única justificativa democrática que temos por insistir que todos obedeçam a essas leis, mesmo aqueles que as odeiam e se ressentem¹³⁷ (Tradução nossa).

¹³⁷ No original em inglês: “(...) *We may and must protect women and homosexuals and members of minority groups from specific and damaging consequences of sexism, intolerance and racism. We must protect them against unfairness and inequality in employment or education or housing or the criminal process, for example, and we may adopt laws to achieve that protection. But we must not try to intervene further upstream, by forbidding any expression of the attitudes or prejudices that we think nourish such unfairness or inequality, because if we intervene too soon in the process through which collective opinion is formed, we spoil the only*

O liberalismo ético não reconhece como a coerção seria capaz de melhorar a vida de determinado sujeito em contraposição à convicção deste de que não foi realizada a melhora, ainda que haja pressão política e judicial para que este oculte as suas opiniões.

Sabe-se que mesmo os discursos não considerados oficialmente políticos interferem no ambiente cultural e moral e podem desaguar nas políticas executadas e nas leis criadas, e, por esta razão, pode-se estender à análise sobre o direito de expressar-se narrando uma história ficcional, que foi o escopo deste estudo.

Sabendo-se, é claro, que a ausência de pretensão de realidade nas alegações trazidas no contexto artístico torna sua natureza argumentativa diferente em relação aos pleitos comunicativos que se autoclassificam como verdadeiros e pedem a interpretação por uma hipótese política da conformação comunitária que seria legítima.

Afinal, somente a justiça oferece razões para o afastamento de determinada liberdade, e a teoria da justiça proposta é do tipo distributiva, que não apenas dará os contornos das liberdades, como as justificará, permitindo uma prestação jurisdicional orientada pela integridade e comprometida com o estado democrático de direito.

democratic justification we have for insisting that everyone obey these laws, even those who hate and resent them." (Dworkin, 2006, p. 132)

6 CONCLUSÕES

Pelo até então debatido, finaliza-se a presente pesquisa com as algumas conclusões.

As críticas realizadas e os conceitos estabelecidos por Ronald Dworkin, em sua teoria jusfilosófica e quando da sua análise da liberdade de expressão, possuem manifesta necessidade de esclarecimentos filosóficos que dão senso de continuidade às tradições da história do pensamento, nas quais o autor americano foi imerso e das quais germinou todo seu esquema teórico.

Ademais, observou-se que, em razão do caráter independente da moral, o conhecimento deste campo do saber tem sua objetividade possível de ser aferida na seara argumentativa orientada por uma noção de integridade desenvolvida por Dworkin.

Foi visto, de mesmo modo que, diversamente dos campos dos conhecimentos naturais, deve ser realizada uma interligação para garantir o senso de continuidade às disciplinas das áreas humanas, como a ética, a política, o direito, entre outras, constituindo a unidade de valor.

Verificou-se também que a epistemologia da moral perseguida pelo referido jurista americano é circular, no sentido de que só se pode apontar que se está raciocinando bem, em termos morais, de um ponto de vista moral.

Ademais, tal fato não ocorre por uma questão acidental, mas por uma necessidade, diante da “incapacidade”, a qual, para Dworkin, é um aspecto típico ao se buscar a defesa de que determinada visão moral é verdadeira ou falsa. Isso porque toda asserção levantada no dissenso sobre o assunto é também o levantamento de uma tese interna à moralidade, bem como que as eventuais divergências se darão pela diferença interpretativa e pelos choques decorrentes da própria argumentação.

Verificou-se igualmente que apontar o objetivo intrínseco do direito é também indicar o objetivo justificatório, no qual, como integridade, se oferece como uma interpretação construtiva melhor em relação à prática jurídica.

Desse modo, a perspectiva dworkiniana redireciona a gênese do pensamento liberal, sobretudo em diálogo com as teorias de John Rawls, afastando-se da defesa de uma posição moralmente neutra com relação a valores ao argumentar que a igualdade, e não a liberdade, é fundamento de um liberalismo eticamente comprometido.

Assim, diante dos dissensos sociais a respeito da liberdade de expressão em conflito com a proteção aos grupos sociais ofendidos, concluiu-se que as contribuições dworkinianas podem enriquecer o debate sobre a liberdade de expressão nesse tipo de disputa, promovendo

soluções que não decorrem apenas das escolhas políticas majoritárias ou de elites hegemônicas capazes de impor politicamente restrições a determinados tipos de discursos e artes.

Alertou-se paralelamente que, mesmo diante de interesse comunitário pautado em riscos sociais graves, prevalecerá o direito individual, porque princípios, tais como o respeito próprio e a autenticidade da realização da vida, traduzem-se politicamente na legitimação pela igualdade política e pelo respeito às escolhas dos demais. O que, por sua vez, gera um sistema de direitos justificáveis moralmente, inclusive, para os seus detratores.

Analisou-se, por conseguinte, que Dworkin não nega que certos discursos ofendam a humanidade e, em especial, às comunidades específicas histórica e estruturalmente perseguidas, e isso exige mais que públicas de refutações. Todavia, nega ao sofrimento a qualidade de fonte adequada para a restrição jurídica da liberdade de expressão.

Após, aplicou-se a teoria dworkiniana especificamente sobre as reflexões a respeito da liberdade de expressão artística, e concluiu-se que há situações nas quais a defesa da restrição desse tipo de liberdade se dá não pelos conteúdos projetados no imaginário social, e sim pelo modo como a alegada arte é realizada e produzida.

Ao final, buscou-se defender que o seriado animado *South Park* não deve ser defendido da censura por ter alguma função social indispensável, mas porque é um contexto abertamente imaginativo a ser interpretado a partir de uma hipótese estética, o que o afasta das objeções tradicionalmente utilitaristas sobre o “discurso de ódio” na atmosfera política de determinada comunidade, as quais justificariam as restrições de exibição de eventual conteúdo.

De mesma maneira, restou apresentado que a defesa da tolerância ao grotesco, ao sarcástico e ao politicamente incorreto presente em uma animação televisiva, que pode vir a ser classificada como de mau gosto e caricatural, não envolve uma cisão ou um desacerto realizado com o intuito de justificar alguma desconexão ou independência totais do campo artístico em relação aos valores da moralidade e do direito.

Muito pelo contrário, ressaltou-se a nuance diferencial entre a enunciação dos discursos odiosos como razões públicas aptas a redirecionar decisões políticas, moldar culturas e conservar estruturas sociais opressivas e a enunciação de tais discursos no contexto ficcional por personagens que estão eximidos de ser interpretados como compromissos com uma perspectiva moral, política e jurídica necessariamente igualitária.

Apresentou-se que o problema de fundo, para Dworkin, não é a substância dos discursos que podem vir a ser considerados odiosos, ofensivos e discriminatórios, mas na alocação inicial de bens de forma desigual (Rosa, 201, p. 171), a qual acaba concedendo mais vantagens àqueles que têm ao seu dispor maiores meios para difundir suas ideias.

Esse panorama exige medidas de equalização, cujo escopo ultrapassa os limites desta pesquisa, mas que podem ser concebidos com a correção das desigualdades iniciais por meio de políticas públicas que possibilitem, em algum nível, a paridade de armas e de oportunidades.

Portanto, o enfrentamento efetivo dos discursos de ódio ou de preconceito melhor ocorre quando visualizado no nível distributivo por meio de uma mudança na alocação de recursos, mas não a ideia de que censura constitui a primeira e única alternativa para lidar com o problema.

Foi apontada também a conclusão de que a supressão das expressões que configurem mensagens odiantas em seres fictícios, por meio da tentativa de controle do destino e de alteração de conduta dos personagens criados pelo artista, configura uma usurpação do exercício do direito artístico, que é um recurso do qual pode se valer um indivíduo, constituindo-se como um trunfo oponível aos interesses dos demais, uma vez que indisponível para alienação pela teoria de justiça distributiva baseada na igualdade desenvolvida por Dworkin, e não um mero bem a ser submetido ao leilão imaginário.

Tal defesa, mais que uma exigência do momento, é uma questão de princípio.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Dias. A redução fenomenológica e o não-ser. **Anais do Seminário dos Estudantes de Pós-Graduação em Filosofia da UFSCar**. 11. ed., 2015.

ARP, Robert. Chupando bolas e fodendo: uma introdução à chatice. *In: South Park e a filosofia: sabe, aprendi algo hoje* – Coletânea de Robert Arp; tradução Bianca Barsotti Cassina. São Paulo: Madras, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Os pensadores. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. Os pensadores. Tradução de João Marcos Coelho. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERKELEY, George. **Tratado sobre os princípios do conhecimento humano**. Os pensadores. Tradução de Antonio Sérgio. São Paulo: Abril, 1973.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert *et al.* ¿ Por qué es importante Dworkin? **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 2, p. 159-165. 1985. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/por-qu-es-importante-dworkin-0/1985>. Acesso em: 10 out. 2023.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: limites e possibilidades de uma filosofia no direito. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito na Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2491/WalberCarneiroDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CASTANHEIRA NEVES, António. Dworkin e a interpretação jurídica: ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. *In: NEVES, A. C. O actual problema metodológico da interpretação jurídica: I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, n. 10, p. 49-64, 2009. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/4074>. Acesso em: 10 abr. 2023.

COELHO, André. Dworkin e Gadamer: Qual conexão? **PERI**, v. 6, n. 1, p. 19-43, 2014. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DESCARTES, René. Discurso do método para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. *In: Obras escolhidas*. Introdução de Gilles-Gaston Granger; prefácio e notas de Gérard Lebrun; tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

DWORKIN, Andrea. For Men, Freedom of Speech; For Women, Silence Please. **Anthology Take Back the Night**. 1980. Disponível em: <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVE.html>. Acesso em: 10/10/2020.

DWORKIN, Andrea. Why pornography matters to feminists. **Sojourner**, vol. 7, n. 2, 1981. Disponível em: <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVB.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on Censorship**, v. 3, n. 1, p. 130-133, 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/epdf/10.1080/03064220500532412>. Acesso em: 20 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática de igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decision. **Yale LJ**, v. 74, p. 640, 1964. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/3034/WHAT_in_general_is_a_good_reason_for_decision_by_a_court_of_law.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 15 set. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

DWORKIN, Ronald. **El derecho de las libertades**. La lectura moral de la Constitución Norteamericana. 1. ed. Trad. Matías Parmigiani, Lima: Palestra Editores, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. 1. ed. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FISH, Stanley. **There's no such thing as free speech... and it's a good thing too**. Oxford University Press, 1994.

FRY, Paul. **Introdução à Teoria da Literatura**. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AkM1kgFBYX4>. Acesso em: 14 out. 2020.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 2nd ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997.

GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz; introdução à edição brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HALL, Daniel. **South Park: A crítica social da animação americana**. São Paulo: Edições Sesc, 2015.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo: parte I**. 15. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, Vozes, 2005.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Débora Danowiski. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade Europeia e a Filosofia**. Tradução de Pedro M. S. Alves. Covilhã: Lusosofia Press, 2008.

HUSSERL, Edmund. **A filosofia como ciência de rigor**. Tradução de Albin Beau. Coimbra: Tip. Atlântida, 1952.

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia**. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras Editora, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Marujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Os pensadores. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Abril, 1973.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACKINNON, Catherine. **Only words**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1996.

MACKINNON, Catherine; DWORKIN, Andrea. **Pornography and civil rights**: a new day for women's equality. Organizing Against Pornography. Minneapolis, 1988.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Extremismo político**: como as democracias podem lidar com as novas ameaças antidemocráticas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de Filosofia. I: Lições preliminares**. 8. ed. Tradução e prólogo de Guilherme de la Cruz Coromado. São Paulo: Mestre Jou, 1930.

NAGEL, Thomas. Como é ser um morcego? Tradução de Paulo Abrantes e Juliana de Orione. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, série 3, v. 15, n. 1, p. 245-262, jan-jun. 2005. Disponível em: <https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/617>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ORUNESU, Claudina. **Positivismo jurídico y sistemas constitucionales**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medaur. De que maneira a Administração Pública se vincula ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? A resposta de um “ouriço” sob os pressupostos do pensamento de Ronald Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medaur (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito brasileiro**. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 248-249.

POGREBINSCHI, Thamy. Dworkin e o pragmatismo jurídico. **Boletim de agosto de 2012**. Disponível em: <http://www.soc.pucRio.br/cedes/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

SCANLON, T. **Teoría de la Libertad de Expresión**. México DF: Fondo de Cultura Económica, v. 2, 1980.

SCRUTON, Roger. **Introdução à filosofia moderna**: de Descartes a Wittgenstein. Tradução de Alberto Oliva e Luis Alberto Cerqueira; Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

SILVA, Antonio Sá da. **Teoria e prática em Direito e Literatura**. Salvador: EDUFBA, 2023.

SOUTH PARK. **Cartoons Wars** (Temporada 10, ep. 1). South Park [seriado]. Direção: Stone, M. & Parker, T. New York: Comedy Central, 2006.

SOUTH PARK. **Cartoons Wars** (Temporada 10, ep. 2). South Park [seriado]. Direção: Stone, M. & Parker, T. New York: Comedy Central, 2006.

SOUTH PARK. **Crack Baby Athletic Association** (Temporada 15, ep. 5). South Park [seriado]. Direção: Stone, M. & Parker, T. New York: Comedy Central, 2011.

SOUTH PARK. **Imaginationland** (Temporada 11, ep. 12). South Park [seriado]. Direção: Stone, M. & Parker, T. New York: Comedy Central, 2007.

SOUTH PARK. **Super Best Friends** (Temporada 5, ep. 3). South Park [seriado]. Direção: Stone, M. & Parker, T. New York: Comedy Central, 2001.

SOUTH PARK. **The Passion of the Jew** (Temporada 8, ep. 3). South Park [seriado]. Direção: Stone, M. & Parker, T. New York: Comedy Central, 2004.

STEELE, Claude M. Whistling Vivaldi. **How stereotypes affect us and what we can do**. WW Norton & Company, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades. **Revista Consultor Jurídico**, v. 18, p. 7, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 54-87, 2018. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 05 jun. 2020.

STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. **Revista CEJ**, v. 6, n. 17, 2002. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/896>. Acesso em: 18 dez. 2022.

VALLESPÍN, Fernando. Introdução. In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. 1. ed. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Paidós Ibérica, 993.

WALUCHOW, Wilfrid. J. Filosofía del derecho constitucional: versión anglosajona. In: (Org.) VAQUERO, Alvaro Nuñez; ZAMORA, Jose Luis Fabra. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Volume 3, p. 1890-1929, 2015.

YOUNG III, William W. Flatulência e filosofia: muito ar quente ou a corrupção da juventude? In: ARP, Robert (Org.). **South Park e a filosofia**: sabe, aprendi algo hoje. Tradução de Bianca Barsotti Cassina. São Paulo: Madras, 2007.