

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

O PROBLEMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONSTRUTIVISMO JURÍDICO DE DWORKIN

THE ISSUE OF FREE SPEECH IN THE DWORKIAN CONSTRUTIVISM

Rafael Guimarães Abras Oliveira

Resumo

O presente artigo tem como objetivo problematizar a liberdade de expressão no interior da teoria construtivista de Ronald Dworkin. Inicialmente, o itinerário percorre a defesa incondicionada da liberdade de expressão em Stuart Mill e o recente debate entre Jeremy Waldron e Dworkin. Posteriormente, são apresentados os pontos importantes da concepção dworkiana do direito como interpretação e integridade e a caracterização das obrigações para a comunidade e comunidade de princípios. O que se procura demonstrar é que, mais que um problema abstrato, transcendental no sentido de condição de possibilidade, o problema da liberdade de expressão é um problema de ordem ética e prática, de forma que o tão celebrado imperativo dworkiano de tratar cada cidadão com igual consideração e respeito também atinge a liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Dworkin, Ética

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this paper is to investigate free speech in the Dworkian constructivism. The first analysis is about the unconditional defense of free speech in Stuart Mill's work, as well as the recent debate between Jeremy Waldron and Dworkin. After that, important topics about the dworkian conception of Law as interpretation and integrity, besides the description of the obligations towards the community and the community of principles are presented. The issue of free speech is an ethic and practical problem, more than an abstract or transcendental problem here, meaning condition of possibility -, so that the Dworkin's imperative about equal respect and concern also have consequences on free speech.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free speech, Dworkin, Ethics

1. Introdução

“Somente mostro que entendi um escritor quando sou capaz de agir dentro de seu espírito, quando sou capaz de, sem estreitar sua individualidade, traduzi-lo e alterá-lo multiplamente” (NOVALIS, 2001, p. 55)

Embora Dworkin expressamente tenha defendido a liberdade de expressão como um direito absoluto (DWORKIN, 2002, p. 144) e constitutivo da democracia (DWORKIN, 2009, p.3), o presente artigo procura no construtivismo dworkiano buscar elementos que contradigam o próprio autor no tocante à relação entre liberdade de expressão e discursos discriminatórios. E para tanto, percorre-se desde o debate com Jeremy Waldron até a descrição das estruturas do construtivismo dworkiano, tendo-se em vista a seguinte questão: os discursos discriminatórios não feririam o imperativo ético de tratar cada um com igual respeito e consideração?

Aqui, não se ignora que há um problema em adaptar Dworkin para o contexto latino-americano, da mesma forma que não se deve separar o homem de seu contexto, ou ajustando-se à expressão de Ortega y Gasset, o eu de suas circunstâncias. A obra de Dworkin parece mais uma busca de respostas à pergunta posta na década de 1960 por uma série de pensadores norte-americanos, a saber: que tipo de liberalismo os Estados Unidos devem adotar durante e depois da Guerra Fria? Ou: ante à crise do Estado do bem estar social e o impacto da teoria de justiça de Rawls, como se organizar de modo a articular as exigências de equidade e eficiência conectando com os valores de liberdade e igualdade (PEREZ, 2005, p. 320)? Dworkin procura um liberalismo que atente para as tradições norte-americanas no que se refere ao mito da América – homens livres que, praticamente do nada, criam uma nação e se toleram mutuamente em busca da fruição pacífica de interesses privados, tentando, contudo, firmar-se como comunidade, comunidade essa fundada sob certas pedras angulares – e que se fundamente não apenas em uma perspectiva contratual formal e política, mas que sejam introduzidas discussões sobre responsabilidade política e perspectiva ética.

Que esse contexto é claramente oposto ao cenário da América Latina não resta dúvidas. Aqui, o foco é como retomar uma democracia que nunca existiu. E para tanto, restou a figura do constitucionalismo. Diferentemente dos Estados Unidos, a carta constitucional dos países latino-americanos não veio horizontalmente, mas numa espécie de alforria escrita por diversas mãos, inclusive pela mão da mesma casta política que dominou durante o período ditatorial, que implantou uma série de direitos e deveres historicamente nunca colhidos de maneira efetiva. Mais do que um acordo entre indivíduos livres, que, por um acaso, geograficamente ocupam o mesmo espaço e que, reunidos num contrato social buscam um

nexo, uma ideia moral reguladora, uma crença que prescreva e dê sentido ao dilema de agir livremente na busca dos próprios interesses ajustando-se aos interesses da comunidade, sem interferir na busca dos interesses do outro. Mais do que o teórico acordo norte-americano, as cartas constitucionais latino-americanas buscam um programa para inserir indivíduos que nunca tiveram voz, para construir uma nação partindo do interesse todo e não de um interesse individual absoluto: parte-se da parte que historicamente se viu aparte do todo, mas que tenta construir um todo solidário que compreenda a necessidade de próteses para um povo mutilado. Em vez de um contrato firmado por pessoas livres e iguais, a carta constitucional torna-se um meio de tentar libertar através da igualdade, firmando um compromisso do todo reconhecer igualmente os membros e materialmente tentar nivelar as diferenças através de um ideal programa de igualdade de condições.

O fato é que existem diferenças consideráveis de contexto social e histórico. Mas isso não impele a ignorar a contribuição de Dworkin. Quem se preocupa com fidelidade teórica e delimitações conceituais possivelmente poderia objetar que Dworkin, para estudos latino-americanos, é descontextualizado e sua obra serve como mero instrumento para objetivos locais. Que a doutrina e a jurisprudência recentemente resgatam a preocupação e valoração dos princípios em Dworkin para justificar a efetivação de direitos fundamentais e reformular certa espécie de política para torná-la mais inclusiva; que, aproveitando-se do termo “princípio”, comumente referido em Dworkin, tanto como argumento justificador das regras quanto com poder normativo-interpretativo, para tratá-los como direitos fundamentais; que esquecendo que os direitos, para Dworkin, são tratados como trunfos¹, transportam instrumentalmente a argumentação dworkiana para justificar a decisão sobre direitos sociais ou sobre aspectos que têm claramente uma perspectiva política ou comunitária – é o que dizem os delimitadores conceituais, salientando essas e outras instrumentalizações e descontextualizações do construtivismo dworkiano².

As advertências soam relevantes, mas não podem impedir que a proposta e os argumentos de Dworkin, no que têm de melhor, possam ser incorporados para a nossa

¹ Em “Uma Questão de Princípios” e “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin caracteriza os direitos como trunfos sobre justificações que limitam um direito indisponível individual. Em outras palavras, a comunidade não pode restringir ou lesar determinado direito com base em um argumento de política, com base na defesa de que essa restrição ou lesão seria para o bem da comunidade. No entanto, não é qualquer direito caracterizado como direito-trunfo. O direito-trunfo é aquele partilhado por uma comunidade de princípios, em que os membros são tratados com igual consideração e respeito e que buscam, cada qual no âmbito individual, um sentido para boa vida. Assim, o direito-trunfo é o que permite ao cidadão construir sua própria concepção de sentido, sem ser determinado pelo Estado. O que se pretende demonstrar aqui, através de outros termos, bem verdade, é que a liberdade de expressão não pode ser considerada um direito-trunfo quando fere a comunidade de princípios e não trata os membros com igual consideração e respeito.

² É o que salienta o Professor André Coelho, em palestra na II Jornada de Teoria do Direito: As Contribuições de Ronald Dworkin para o pensamento jurídico contemporâneo. <https://www.youtube.com/watch?>

realidade. O tratamento com igual consideração e respeito entre os membros da comunidade e a busca por princípios morais que atuem como eixos interpretativos na efetivação de direitos são alguns elementos da jusfilosofia dworkiana que contribuem e muito para a construção de um ordenamento íntegro e justo nas recentes democracias latino-americanas.

E remeter aqui a um dos temas mais polêmicos da jusfilosofia dworkiana é tentar reinterpretá-lo e trazer a uma realidade cada vez mais plural em que, infelizmente, o discurso discriminatório reafirma-se constantemente como negador de direitos e intimidador ante a uma minoria historicamente vulnerável e sem voz: liberdade de expressão não pode significar liberdade de opressão.

2. Sobre a defesa incondicionada da liberdade de expressão

Não restam dúvidas que a defesa da liberdade de expressão se confunde, em larga medida, com a defesa da própria democracia. Na ágora ateniense, conta-se que filósofos e sofistas se pronunciavam das maneiras mais diversas, seja em relação ao conteúdo – Platão e muitos autores trágicos eram contrários à democracia como forma de governo –, seja em relação à forma de expressão, como Diógenes de Sínope³ em suas performances cínicas.

Já no período moderno, Stuart Mill, em defesa da democracia e da liberdade de expressão, sustentou o seguinte argumento: nenhum governo pode ter a autoridade para abolir a liberdade de expressar uma opinião, pois quando uma opinião é julgada por uma casta governamental específica, nega-se a todos, de maneira horizontal, a possibilidade para julgamento. Que sabedoria é adquirida pela possibilidade de contato com a questão a ser debatida, ouvindo e ponderando as opiniões diversas, assim, o homem, de forma esclarecida e autônoma, construiria seu próprio entendimento: para poder responder, é preciso ter acesso à pergunta e o governo que suprime questões do *locus público* é um governo que não preza pela liberdade. Eis o argumento central de Stuart Mill que, além disso, completou:

Se qualquer opinião é compelida ao silêncio, aquela opinião pode, por alguma razão, ser verdadeira. Negar isso é assumir nossa própria infalibilidade (MILL, 1952, p. 292).

Aqui, percebe-se que a defesa da liberdade de expressão gira em torno da preservação

v=5AGAGSdsVVE. Acesso em 3 de julho de 2015.

³Diógenes Laércio conta que Diógenes de Sínope “ele costumava fazer tudo em público, inclusive os trabalhos de Deméter [comer] e de Afrodite [satisfazer-se sexualmente], e se justificava com os seguintes argumentos: ‘Se fazer as refeições não é absurdo, então não é absurdo fazê-las na praça do mercado’. Costumava masturbar-se em público e ponderava: ‘Seria ótimo se pudéssemos aplacar a fome esfregando o estômago’”. (LAÉRTIOS, 2008, p. 169-170 [DL, VI, 69]).

da palavra e do acesso a dar e ouvir a palavra. O objeto de tutela não é o indivíduo, mas o ambiente público e o conteúdo e forma da informação que circula entre os membros. Nesse sentido, o indivíduo é considerado formalmente capaz de discernir o joio do trigo e de saber se impor diante de vozes dissonantes. Não é despropositadamente que Stuart Mill argumenta em torno do perigo da imposição de dogmas religiosos: tal como aquele que, ciente das advertências da cultura greco-cristã, quer preservar uma arena pública que não condene Sócrates por corromper a juventude e não prestar culto aos deuses e que dê a possibilidade da palavra de Jesus chegar aos ouvidos dos seus escolhidos. Defender a liberdade de expressão, portanto, é resguardar um lócus imaginado, formal e abstrato que se opõe ao comando arbitrário de um poder vertical.

Se a liberdade de expressão inicialmente aparece em Stuart Mill como um direito da própria arena pública⁴ em se transformar e se refazer, considerando a falibilidade de seus membros nessa busca infinita, para Dworkin, o contorno da liberdade de expressão é outro: é um direito do indivíduo tanto para construção democrática quanto em oposição ao Estado.

3. O debate entre Dworkin e Jeremy Waldron

Dworkin concorda com Stuart Mill⁵ e afirma que a liberdade de expressão deve ser protegida mesmo que o discurso tenha conteúdo discriminatório e abominável, mesmo que tenha consequências indesejáveis, mesmo que prejudique indiretamente determinados grupos.

No entanto, diferentemente de Stuart Mil, o principal argumento de Dworkin relaciona-se com a questão da legitimidade. Segundo o autor norte-americano, respeitar a decisão da vontade majoritária não é o único aspecto para que um processo democrático seja legítimo. Além do resultado, é preciso existir legitimidade no procedimento e este consiste possibilitar que cada cidadão tenha direito participar do ambiente público onde as posições e opinião são expostas, antes de comporem a tomada da decisão – é o que Dworkin denomina de “democratic background”. Impedir a expressão de determinados discursos torna-se, em certa medida, limitar a horizontalidade democrática, limitar o direito de participação na construção política e moral da comunidade.

⁴ O foco do utilitarismo de John Stuart Mill é permitir uma abertura para o avanço e “a única fonte infalível e permanente de avanço é a liberdade, pois por ela existem tantos possíveis centros de avanço quanto existem indivíduos (MILL, 1952, p. 300, tradução nossa)”.

⁵ Saliente-se que, em “Uma questão de princípios”, Dworkin caracteriza o utilitarismo como uma teoria que “supõe que a comunidade está em melhor situação se seus membros forem, na média, mais felizes ou se tiverem mais preferências satisfeitas” (DWORKIN, 2000. p. 534). Note-se, portanto, que o utilitarismo que Dworkin descreve não tem relação com o que Stuart Mill, clássico pensador da escola utilitarista, escrevia em “On Liberty”.

Não que Dworkin posicione-se contra normas protetoras de discriminações sofridas por minorias, mas o que ele defende é que, na elaboração destas normas, os discriminadores tenham voz, mesmo que o ódio seja o conteúdo do discurso. Segundo o autor, jamais se deve obstruir o direito à participação de todos os cidadãos na decisão coletiva do Estado, de modo que, garantir a legitimidade do procedimento pressupõe respeitar o status de cada indivíduo enquanto membro livre e igual da comunidade (DWORKIN, 2009, p.6).

Aqui convém destacar que não se trata de meramente respeitar o procedimento democrático enquanto regras criadas por um acordo político. Segundo Dworkin, cada cidadão tem seu lugar e seu interesse em participar do lócus público, mas guarda sua autonomia em relação à comunidade: é parte que tem lugar e relação no todo, submete-se ao todo, mas também se difere do todo. Isso implica que toda voz teve ser ouvida, mesmo que instituições políticas tomem decisões contrárias às convicções de determinados indivíduos. A democracia demanda um sistema de princípios (DWORKIN, 1999, p.254) que aceita que cada membro tenha direitos iguais e seja respeitado enquanto membro livre e autônomo, com direito a dissonância.

Se Dworkin, como um bom liberal, parte do indivíduo enquanto partícipe de um todo, oposto é o ponto de partida de Jeremy Waldron em *“The Harm in Hate Speech”*, que inicia com a perspectiva de como o todo é afetado por discursos discriminatórios, de modo que, conseqüentemente, irá afetar as partes que o compõem. A ótica de Waldron, portanto, é a ótica da conseqüência de certo tipo de discurso sobre o sujeito e como isso afetaria seu direito de participação.

Segundo Waldron, a participação de determinado discurso na discussão e elaboração de leis pode repercutir negativamente no resultado final, pois tal forma pode intimidar e não proteger a dignidade elementar de membros de grupos vulneráveis (WALDRON, 2012, p. 22). O dano causado pela participação de discursos que têm como único objeto a difamação de certos grupos de pessoas⁶ pode comprometer a própria participação destes no cenário de construção pública. Bem verdade que Waldron concorda que certo grau de legitimidade se perderia, mas não se pode falar que, vetando modos de expressões claramente ofensivas e discriminatórias, destruiria totalmente legitimidade do processo democrático.

⁶ Convém destacar que Waldron não utiliza o termo “discurso de ódio” (*hate speech*), mas defende o uso do termo “*group libel*” (difamação de grupo). Nesse sentido, Waldron aponta que há dois problemas básicos na expressão “discurso de ódio”. O primeiro reside no fato de que a palavra “discurso” parece estar vinculada apenas ao que é dito, quando, contudo, o dano da expressão discriminadora pode ser veiculado por textos e/ou vídeos e outros meios que perduram no tempo, muito mais que o mero falar. O segundo problema é que termo “ódio” pode denotar que o que está em jogo são ideias ruins, quando, em verdade, preocupa-se com a vulnerabilidade de minorias alvo de tais discursos.

Nesse ponto, Dworkin critica Waldron (DWORKIN, 2012b, p.2): quando se parece pressupor que tanto o governo quanto os membros devem tratar uns aos outros com igual respeito e consideração, não se trataria diferentemente os racistas, por exemplo, negando-lhes o direito de participação? O compromisso de legitimidade do governo não seria irregular com tal obstrução? Para tanto, Dworkin distingue entre a responsabilidade do governo e a responsabilidade dos indivíduos enquanto participantes de um sistema jurídico e pontua:

O governo não pode adotar qualquer convicção ética - qualquer opinião sobre a verdadeira base da dignidade humana - e obrigar tal ponto de vista contra os cidadãos dissidentes. Ele deve reconhecer o direito à independência ética. Mas reconhecer esse direito significa que nenhum cidadão pode ser obrigado a aceitar qualquer convicção ética oficial ou ser impedido de expressar próprias convicções divergentes (DWORKIN, 2012b, p.3-4)⁷.

No ano de 2012, em uma conferência em Oslo⁸, Dworkin também salienta que, em uma sociedade em que certas raças e minorias são vulneráveis, não é infundado o desejo de protegê-los, de coibir práticas discriminatórias, de promover políticas inclusivas. Aqueles que querem construir uma comunidade mais justa, ele diz, certamente irão se preocupar com isso. Mas quando os fanáticos e racistas dizem que odeiam tais leis e que é injusto impô-las a todos, que é injusto não dar voz aos dissonantes, Dworkin acredita que esse argumento é válido e que desnuda um sistema democrático falho.

Dworkin é contra qualquer de restrição de conteúdo, de modo que a liberdade de expressão seja restringida apenas quando eminentemente violentar o outro, de maneira direta e inevitável, como é o caso da difamação. Mas se ele fala contra a restrição do conteúdo ideológico da expressão, quando o assunto são as conseqüências que tais mensagens têm no mundo real, Dworkin se cala.

Estranhamente, na crítica a Waldron, Dworkin assume uma postura que privilegia uma suposta neutralidade, que se apóia em uma abstração e um formalismo quase rawlsiano e não explora o paradoxo desse embate. Como bem atenta Júlio César Casarin Barroso Silva, em relação aos discursos discriminatórios,

O sistema de liberdade de expressão se confronta com um dilema: censurar sua expressão significa extirpar uma parcela do *demos* do sistema de expressão protegida, e sob certo aspecto, deixa de manifestar-se neutro em face do mesmo debate político. Por outro lado, permitir-lhes a expressão pode trazer conseqüências

⁷ No original: “Government may not adopt any ethical conviction – any opinion about the true basis of human dignity – and enforce that view against dissenting citizens. It must recognize a right of ethical independence. But recognizing that right means that no individual citizen may be forced to accept any official ethical conviction or be prevented from expression one’s own dissenting convictions”. IN: DWORKIN, Roland. *Reply to Jeremy Waldron*. In: *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Nova York: Cambridge University Press, 2012 Pg. 3-4.

⁸ Session 4: Multiculturalism and Human Rights - Part 2/2 - Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012 <https://www.youtube.com/watch?t=135&v=6wJQ658e-4U>

terríveis não só para a ‘harmonia social’, como disse Frankfurter em *Beauharnais*, mas pode ter efeitos corrosivos sobre o ambiente igualitário que talvez seja condição imprescindível para que membros de minorias historicamente discriminadas e excluídas do processo político se sintam à vontade para participar desse processo (SILVA, 2009, 150-151).

A grande questão, pontua Casarin Barroso Silva, depende do grau de neutralidade que o Estado abraça. Nesse sentido, o dilema aparece quando se tem em vista duas questões. Primeira: quando cidadãos rejeitassem uma concepção mínima de igualdade, igual consideração e respeito, o Estado violaria a neutralidade ao penalizá-los? Segunda: quando cidadãos incitassem ódio e desprezassem determinado grupo, o Estado não estaria sendo parcial em sua omissão, o Estado não violaria a neutralidade ao deixá-los, mesmo que de forma indireta, intimidar uma minoria vulnerável e comprometer o direito de participação desta?

Se Dworkin responde expressamente sim à primeira questão, ao buscar elementos em sua obra, não é encontrada tanta neutralidade e compromisso estrito com o procedimento formal da legitimidade. Ao se situar dentro de um sistema interpretativo de direito e se preocupar com a responsabilidade política moralidade e vida boa – o que Maria Lourdes Santos Perez chama de “giro ético” em Dworkin (2003, p. 33) –, Dworkin não estaria também respondendo afirmativamente à segunda questão?

É o que se propõe a analisar em seguida.

4. O direito como interpretação e integridade

O direito é uma corda estendida entre o convencionalismo e pragmatismo: uma corda sobre o perigo de cair em argumentos de política, um perigoso caminhar entre meras descrições da história jurídica e entre proposições simplesmente valorativas; um perigoso olhar para trás, que deve ter consciência de que a corda estendida liga o que se percorreu com o que ainda há de se percorrer. Assim talvez falasse Dworkin, em diversos textos⁹, defendendo o direito como interpretação enquanto uma espécie de síntese “síntese” entre as duas escolas¹⁰, o convencionalismo e o pragmatismo.

O fato é que o construtivismo dworkiano busca por uma concepção¹¹ da interpretação

⁹ Especialmente no capítulo 6 de “Uma questão de princípio” e na obra “O Império do Direito”.

¹⁰ Assim como o a refutação a um suposto conceito utilitarista da democracia, convém ressaltar que, muitas vezes, as escolas combatidas por Dworkin parecem ser criadas *ad hoc*, como integradoras de argumentos contrários a concepção de Dworkin, argumentos estes que precisariam ser refutados. Também vale destacar sobre a escola convencionalista, que muitas vezes, é também chamada de positivista.

¹¹ Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin salienta uma diferença entre conceito e concepção, de modo que diferença entre cada termo não é apenas no “grau de detalhe das instruções fornecidas”, mas ao tipo. Quando se

jurídica, um sentido para o conceito de justiça. Aqui, mais do que um mero plano teórico, em busca de um direito puro, ou mais do que o mero plano prático, em busca da subordinação do direito enquanto instrumento para um plano político, Dworkin parece indicar a necessidade de se buscar uma concepção de justiça autônoma, que não se isente tanto da responsabilidade institucional, quanto da responsabilidade de se construir uma comunidade moralmente qualificada. Para tanto, Dworkin implicitamente tenta responder a três questões principais:

- a) qual a natureza da norma jurídica?
- b) qual o sentido dela em relação às decisões anteriores?
- c) e qual seria a leitura apropriada da história jurídica?

Perguntar sobre a natureza da norma jurídica é, antes de tudo, remeter ao embate positivismo *versus* pragmatismo. Enquanto “os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas” (DWORKIN, 2000, p.218), como trechos de uma história, o pragmatismo considera que os enunciados jurídicos são puramente valorativos, expressando “o que o falante prefere – sua política pessoal – ou o que ele acredita ser objetivamente exigido pelos princípios de uma comunidade ideal” (DWORKIN, 2000, p.219). Entre a descrição da lógica da estrutura da norma – a arquitetura mecânica do Leviatã – e a exclusiva valoração da norma – aplicação que possibilita da locomoção do Leviatã –, entre o significante e significado, entre forma e conteúdo, Dworkin transita questionando a independência de tais âmbitos. Deve haver um intrincamento, de modo que uma teoria da interpretação jurídica deveria combinar “elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém diferente de ambas” (DWORKIN, 2000, p.219).

Contra o positivismo, Dworkin argumenta que normas não são convenções que devem ser respeitadas de maneira literal. Entre a regra social e a prática não há uma correspondência inequívoca, como indicava Hart, mas existem divergências tanto empíricas quanto teóricas¹², que salientam que o direito é bem mais que uma questão de discordância de convenção social, bem mais que, na expressão dworkiana, um “agulhão semântico”. É impossível avaliar as proposições jurídicas apenas por critérios linguísticos, da mesma forma que é impossível sempre existir um acordo quanto ao que é o direito (DWORKIN, 1999, p.41).

fala em conceito, recorre-se apenas ao significado sem nenhuma atribuição especial a um ponto de vista. Quando se diz “concepção”, é definido “*um sentido para o conceito de justiça, e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema*”. Uma questão de posicionamento e princípios, portanto, é o que distingue conceito e concepção: para Dworkin, é necessário que se demonstre a superioridade de uma concepção de direito diante das escolas de concepção rivais, salientado o quanto a concepção defendida se aproxima do conceito de justiça.

¹² Em relação à dúvida sobre qual direito seria aplicável em determinado caso, Dworkin distingue dois tipos de divergências: a empírica e a teórica. A primeira se dá quando, existindo consenso sobre os fundamentos do direito, questiona-se se, no caso em comento, o fato incide ou não sobre os fundamentos de direito. A divergência teórica, por sua vez, incide sobre os próprios fundamentos jurídicos, sobre o que possibilitaria dizer que determinada proposição jurídica fosse verdadeira ou falsa.

Para Dworkin, a natureza da norma jurídica não é semântica, mas interpretativa. Dentro de uma prática social, suscetível a constantes transformações, o direito se sustenta enquanto interpretação, enquanto fornecer razões e argumentos sobre “seu sentido, significado ou valor” (PEREZ, 2005, p.323). Mais que dizer que determinada norma ou determinado caso se encaixa ou corresponde a certa classificação ou classe semântica, interpretar o direito, nesse sentido, é desenvolver uma perspectiva que observe a prática da sociedade e o papel e os limites das instituições e ofereça uma justificação com base em argumentos concatenados e que respeite tanto os princípios compartilhados pela comunidade quanto os direitos do indivíduo em face dessa comunidade. Mais que dizer que determinada norma é justa ou injusta, como se justiça em um sentido substantivo e inalterável correspondesse ao direito, interpretar o direito é se posicionar diante de uma história, diante do tempo que pede por uma resposta que releve as circunstâncias que submetem o caso a ser decidido. Interpretar o direito, portanto, é construí-lo incessantemente.

Se a interpretação jurídica tem em vista o caminho a ser percorrido, é preciso dar sentido ao caminho que se percorreu e à forma de ler o caminho que se percorrerá. Para tais indagações, o convencionalismo/positivismo e o pragmatismo darão respostas distintas.

No tocante à segunda questão, ao sentido das decisões anteriores, o convencionalismo sustenta que as decisões políticas e jurídicas anteriores são à base do sentido da vinculação do direito: o sentido do direito é aquilo que ele foi. Em relação à terceira pergunta, o convencionalismo sustenta de duas maneiras: quando houver decisões anteriores explícitas, o direito deve limitar-se ao convencional, ao que seria previsível diante da história institucional; no entanto, quando a convenção se esgota em relação a determinado caso, os juízes detêm o poder discricionário para tomar suas decisões em um sentido prospectivo.

O pragmatismo, por sua vez, responde que direito não necessita ser coerente com as decisões políticas anteriores, o passado é aceito apenas como fonte de estratégia para uma decisão futura. Em sua leitura própria, o pragmatismo rejeita a existência de pretensões substanciais, não que a moral e a política sejam preteridas, mas instrumentalizadas para a construção de um futuro melhor – os direitos são tratados como meios e não são considerados tendo força e fundamento em si mesmo ou num sistema ético independente.

A Dworkin não agrada uma interpretação restritiva e discricionária, como apregoam os positivistas/convencionalistas, nem uma interpretação política e desvinculada de precedentes, como defendem os pragmatistas. Para tanto, Dworkin propõe uma leitura do *direito como integridade*, no sentido de tanto levar em conta a tradição e olhar o passado para reescrever o futuro, quanto de não se prender à tradição e se for o caso consolidar novos entendimentos,

materialmente adequados e justificados, tendo em vistas novas demandas e a possibilidade ampliativa do direito.

5. Obrigações para a comunidade e comunidade de princípios

Se os direitos e obrigações não bastam por si mesmo e devem ter força em um sistema ético que não pode ser meramente individual e arbitrário, se para os direitos e obrigações deve haver uma justificação que permita destacar o sentido da prática, correspondendo o sentido a um valor dado pela comunidade, se, enfim, o direito deve ser construído observando a responsabilidade e a moralidade da comunidade, torna-se, portanto, preciso abordar tal perspectiva – e é o que Dworkin conseqüentemente se preocupa depois de “O Império do Direito”.

Nesta obra, no entanto, Dworkin já indica a relação entre legitimidade e a natureza das obrigações para com a comunidade.

Para o autor de “O Império do Direito”, a obrigação para com a comunidade não tem a ver com laços emocionais mantidos por cada membro, tampouco tem relação necessária com o nacionalismo ou o racismo. A obrigação para com a comunidade tem natureza de obrigação associativa. Mas sendo uma forma de obrigação associativa, mas qual seria sua espécie? Diferentemente do caráter contratual, Dworkin destaca que esse tipo de obrigação associativa não decorre de uma escolha conscientemente estabelecida, mas é desenvolvida por compromissos assumidos imperceptivelmente. Não tem, portanto, a natureza taxativa da obrigação, mas tem natureza de atração e atrelamento a eventos e a certas condições de possibilidade, dentre as quais, Dworkin destaca a reciprocidade, que não se trata propriamente de amizade, mas, em um sentido abstrato, refere-se a compartilhar uma “ideia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades especiais que os membros devem por em prática entre si” (DWORKIN, 1999, p.241).

No itinerário da argumentação, Dworkin defende que a obrigação da comunidade deve ter natureza de obrigação de associação fraternal, em que existe menor possibilidade de escolha e se satisfaz com os seguintes requisitos:

- a) deve considerar as obrigações do grupo como especiais – considerando o vínculo existente entre as pessoas, e não como um mero compromisso abstrato devido igualmente à pessoas que não participam da comunidade;
- b) deve admitir que haja uma referência a obrigações pessoais;

c) as responsabilidades pessoais devem ser vistas como decorrentes de uma responsabilidade geral, de modo que seja fomentado o “interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo”;

d) cada membro deve pressupor que as práticas não remetem apenas a um interesse, mas igual interesse por todos os membros – aqui, como em Habermas, parece que, para Dworkin, cada membro deve ser tratado em condição de simetria, com os mesmos direitos à participação, a qual se consolida por meio de uma busca incessante de um razão pública, movida por consensos provisórios, dialeticamente resultantes, ao se considerar a validade e a materialidade de cada argumento posto em discussão.

No entanto, Dworkin faz a seguinte ressalva: mesmo as comunidades que compreendam os diferentes aspectos acima abordados podem promover a injustiça de duas maneiras distintas. Primeira: a valoração da equidade pode ser deficiente, no sentido de distinguir determinados membros de grupos, como por exemplo, a diferença no tratamento que um pai dê para seu filho e para sua filha. Segunda: a valoração pode ser injusta para não membros dos grupos, incluindo, nesse aspecto, a hipótese de discriminação a determinada raça ou religião.

Aqui, note-se bem, Dworkin não trabalha com a noção de uma comunidade formada por diversos grupos em que o grupo majoritário não reconhece determinada minoria. A ressalva de Dworkin abrange membros que se reconhecem como parte de um grupo, mas que por uma questão cultural ou de vulnerabilidade não são considerados iguais, e abrange também não membro. Mas e o grupo que não reconhece certos membros como parte do grupo? Não incorreria no tratamento de alguns membros de modo desigual e sem respeito e consideração?

Interessante é que, logo em seguida, Dworkin salienta o caráter interpretativo das responsabilidades associativas, que, bem mais que uma prática social com pressupostos sedimentados, requer reflexão sobre questões de interpretação crítica: verificar se o significado de tal prática corresponde com os pressupostos e princípios estabelecidos pela comunidade, bem como se tais levam em conta a especialidade, a pessoalidade, o bem-comum e a igualdade, conforme Dworkin anteriormente sinalizara.

Interessante é que, logo em seguida, Dworkin defende uma concepção de sociedade enquanto modelo de princípios. Para tanto, as regras sociais seriam entendidas como decorrentes de princípios comuns e não acordos políticos, possibilitando que a comunidade construa uma arena pública de debate e pressupondo que cada um dos membros se aceite mutuamente tanto como sujeitos de direitos quanto como responsáveis perante a comunidade.

Nesse sentido, a comunidade de princípios aceitaria a integridade como elemento unificador, na medida em que o interesse de cada um é considerado “especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias” (DWORKIN, 1999, p.260).

Com o passar do tempo, principalmente em “Justiça para Ouriços”, amplia-se a noção de interpretação, de uma comunidade jurídica para uma comunidade de princípios, da integridade para a moralidade política, do âmbito exclusivamente jurídico para o giro ético. A árvore Dworkiana começa a criar raízes e o direito torna-se apenas um “um ramo, uma subdivisão, da moral política” (DWORKIN, 2012, p.414).

Que estar em uma sociedade civilizada significa tratar os membros com igual consideração e respeito, da mesma maneira que se tem o respeito e consideração por si mesmo; que é preciso aceitar o valor da nossa vida objetivamente, da mesma maneira que se aceita que a vida de todos tem a mesma importância subjetiva; que

Uma comunidade política só tem força moral para criar e impor obrigações aos seus membros, se os tratar com preocupação e respeito iguais; ou seja, se as suas políticas tratarem as vidas dos seus membros como igualmente importantes e respeitarem as suas responsabilidades individuais sobre as suas próprias vidas (DWORKIN, 2012, p.338).

Assim, Dworkin vai construindo, gradativa e holisticamente, um elo que seja capaz de conjugar tanto a teoria da justiça quanto uma teoria ética, formulando dois princípios do que ele chama de “individualismo ético”, o princípio de igual importância e princípio de igual valor, que irão orientar a relação do indivíduo com os demais, e um “modelo de desafio”, mediante o qual se busca determinar o sentido de uma vida boa (PEREZ, 2005, p. 327), o que os gregos chamavam de *eudaimonia*.

6. A contradição de Dworkin

Feita essa breve exposição do construtivismo de Dworkin, evidencia-se certa contradição com a postura contrária à proibição de discursos discriminatórios. Como aquele que apregoa o tratamento de igual consideração e respeito poderia ser a favor de um tratamento sem igual consideração e respeito, desconsiderando a vulnerabilidade e exclusão histórica e institucional de minorias, desconsiderando que a misantropia dos discriminadores desqualifica a obrigação para com a comunidade e a necessidade de se buscar igual interesse por todos os membros?

Os argumentos podem ser vários, mas para esse fim, acredita-se que duas posições

dworkiana, extremamente intrincadas, já indicadas nas primeiras linhas do texto, são contraditórias com a própria proposta do direito como interpretação e como relacionado com a responsabilidade moral e política. Defende-se, nesse sentido, diferentemente de Dworkin, que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que a liberdade de expressão irrestrita não é um cerne constitutivo da democracia.

Ora, o significado etimológico de absoluto é sem laços, “independente, sem limites, sem restrições” (CUNHA, 1986, p. 51). Como considerar um direito abstrato substancial¹³, existente aprioristicamente, em uma teoria, acima de tudo, interpretativa, que prima pela construção contínua de elementos num todo coerente e íntegro? Dworkin parece esquecer que defende uma interpretação da prática e de conceitos morais e políticos, que à luz da ética, buscam um sentido a fim de valorar a vida humana em sua efetividade. Dworkin parece esquecer que defende uma concepção coesa, que sustenta uma interpretação sofisticada, que, tal como Gadamer, “não implica a descoberta de leis gerais”, de elementos que antecedem a compreensão – ou elementos que antecedem o próprio ajuste do direito – “mas torna imperativo compreender um fenômeno na sua concreção única e histórica” (GADAMER, 2002, p. 147). Dworkin parece esquecer que a cúpula geodésica – forma de sua estrutura moral e política metaforizada em sua obra – pressupõe flexibilidade e articulação, e que um valor pode ruir quando se dá um peso maior a outro.

Que o homem deva ter independência ética irrestrita, de saber se posicionar da maneira que lhe convier e de não ter negada nenhuma liberdade quando a justificativa governamental se basear numa alegada superioridade de determinada concepção sobre a melhor forma de viver – talvez conteste o Dworkin do embate contra a proibição do *hate speech*. Mas o que dizer do último Dworkin, o Dworkin autor de “Religion without God¹⁴” que, na defesa da proibição do uso de *peyote*, uma droga alucinógena utilizada por uma comunidade religiosa em seus rituais, expressamente defende:

Mas é claro que a independência ética não impede o governo de interferir nos modos de vida da população por outros motivos escolhidos: proteger outras pessoas de dano, por exemplo, proteger as maravilhas naturais, ou para melhorar o bem-estar geral [tradução nossa]¹⁵ (DWORKIN, 20013, p. 130-131).

¹³ Abstrato porque é assegurado antes mesmo da ordem efetiva. Substancial porque se vincula a certo tipo de concepção política e ética metafísica.

¹⁴ Interessante é que, na argumentação de “Religião sem Deus”, a liberdade de religião é tida como uma liberdade especial, não como espécie da liberdade de expressão. Qual a definição de liberdade de expressão para Dworkin, para que ele a caracterize como irrestrita em relação ao conteúdo?

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 130-131: “But of course ethical independence does not prevent government from interfering with people’s chosen ways of life for other reasons: to protect other people from harm, for example, natural wonders, or to improve the general welfare”.

7. Conclusão

Basta uma chama para poder incendiar o pequeno bosque, assim como basta uma pequena língua mordaz, para contaminar o corpo e inflamar o curso das relações sociais – assim adverte a tradição eclesiástica. Não nestes termos, mas o que se procurou mostrar foi o perigo dos discursos discriminatórios ante a efetivação de direitos e a sustentação da democracia; e que o dilema entre liberdade de expressão e discursos discriminatórios é bem mais complexo do que se imagina. Não apenas gira em torno da preservação da legitimidade do sistema democrático. Mais que um problema abstrato, transcendental (no sentido de condição de possibilidade), é um problema de ordem ética e prática: as conseqüências do discurso discriminatório podem até mesmo suprimir a possibilidade de se conquistar a independência ética – de ser um sujeito moral pleno – tão destacada por Dworkin.

Além disso, a questão envolve o que Sloterdijk chama de forma bancária da ira. Há relações históricas de ressentimento e ira entre sujeitos que lutam pelo reconhecimento, mas que, quando tem o reconhecimento negado – “quando o reconhecimento do outro me é subtraído (algo em razão do que surge a ira voltada para fora)” (SLOTERDIJK,2012, p.33) – compromete tanto o auto-reconhecimento de ser ver como sujeito merecedor de igual consideração e respeito quanto o cenário social, na medida em que, com a linguagem violenta do não-reconhecimento dirigida para si, o indivíduo discriminado, possivelmente, com violência responderá.

É preciso escolher moralmente o tipo de sociedade e o tipo de direito que se pretende construir. E discursos discriminatórios, com sua misantropia, são hostis ao mundo e revelam o desprazer ante a exigência de uma coexistência pacífica entre membros individualmente diferentes, mas comunitariamente iguais.

Conclui-se, por fim, que, embora Dworkin claramente expressasse a necessidade de uma liberdade ampla e quase irrestrita de expressão, podem-se buscar elementos em seu construtivismo que evidenciam que tal liberdade de expressão pode ser limitada, caso comprometa o reconhecimento de seus membros como dignos de igual consideração e respeito, caso impeça sua formação enquanto sujeitos morais plenos, caso haja conseqüências danosas ante a vontade de consolidar uma verdadeira comunidade de princípios e uma concepção íntegra de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2ªed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

DWORKIN, Ronald. *A Conferência McCorckle de 1984: as ambições do direito para si próprio*. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2007.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: *Extreme Speech and Democracy*. Org: Ivan Hare e James Weinstein. Nova York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução e notas de 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. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Roland. *Reply to Jeremy Waldron*. In: *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Nova York: Cambridge University Press, 2012b P. 1-2.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, H. G. *Verdade e Método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro, Vozes, 2002.

LAËRTIOS, Diôgenes. *Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres*. Tradução de Mário da Gama. 2.ed. Brasília: Editora UNB, 2008.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. In: HUTCHINS, Robert Maynard (ed.). *Great books of the Western World: American State Papers, The Federalist, J. S. Mill*. Vol. 43. Chicago: Encyclopedia Britannica, Inc., 1952^a.

NOVALIS. *Pólen*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 2001.

PEREZ, María Lourdes Santos . *El pensamiento de Ronald Dworkin: balance y críticas*. IN: *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, N° 22, 2005, pags. 319-332

PEREZ, María Lourdes Santos. *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2003.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

SLOTERDIJK, Peter. *Ira e tempo: ensaio político-psicológico*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.