

to sobre a pornografia. Em vez disso, argumento que, sejam ou não fundamentadas as reivindicações instrumentais do Relatório Williams, a liberdade privada é exigida e a restrição pública é permitida quando se recorre a uma concepção atraente de um direito político importante.

### A igualdade

#### *Um triunfo sobre a utilidade*

O restante deste ensaio examina a questão de como defender o direito à independência moral, tanto na sua forma abstrata como na concepção mais concreta que discutimos ao considerar a exibição pública de pornografia. A importância dessa questão ultrapassa o problema relativamente trivial da própria obscenidade: o direito tem outras aplicações, mais importantes, e a questão de quais tipos de argumento sustentam uma reivindicação de direito é uma questão urgente na teoria política.

Os direitos, como afirmei em outra parte<sup>15</sup>, são mais bem compreendidos como triunfos sobre a mesma justificativa de fundo para decisões políticas que formula um objetivo para a comunidade como um todo. Se alguém tem direito à independência moral, isso significa que, por alguma razão, é errado que as autoridades atuem violando esse direito, mesmo que acreditem (corretamente) que a comunidade como um todo estaria em melhor situação se assim o fizessem. Há muitas teorias diferentes sobre o que faz uma comunidade estar em melhor situação como um todo, isto é, muitas teorias diferentes a respeito de qual deveria ser o objetivo da ação política. Uma teoria proeminente (ou, melhor, um grupo de teorias) é o utilitarismo em suas formas conhecidas, que supõe que a comunidade está em melhor situação se seus membros forem, na média, mais felizes ou se tiverem mais preferências satisfeitas. Outra teoria, em certos aspectos diferente, é a que encontramos na

15. Dworkin, *Taking Rights Seriously*.

estratégia Williams, segundo a qual a comunidade está em melhor situação se fornece as condições mais desejáveis para o desenvolvimento humano. Existem, é claro, muitas outras teorias a respeito do verdadeiro objetivo da política, muitas delas ainda mais diferentes de qualquer uma dessas duas teorias do que são estas entre si. Até certo ponto, o argumento a favor de um determinado direito deve depender de qual dessas duas teorias a respeito de objetivos desejáveis foi aceita, isto é, deve depender de sobre qual justificativa de fundo geral para discussões políticas o direito em questão pretende prevalecer. Na discussão seguinte suponho que a justificativa de fundo que nos interessa é alguma forma de utilitarismo, que adota, como objetivo da política, o cumprimento de todos os objetivos possíveis que as pessoas tenham nas suas vidas. Essa continua a ser, penso, a justificativa de fundo mais influente, pelo menos da maneira informal em que figura hoje na política das democracias ocidentais<sup>16</sup>.

16. Deixo para outra ocasião, talvez, a questão de quais direitos de fundo deveríamos aceitar como triunfos se escolhêssemos, como justificativa de fundo, algo mais próximo do objetivo de "melhores condições para a prosperidade humana, da estratégia Williams. Podemos observar, porém, que essa teoria pode não estar tão longe das formas mais refinadas de utilitarismo do que parece à primeira vista, pelo menos a partir da seguinte suposição. O objetivo da prosperidade humana admite duas interpretações, que poderíamos chamar de interpretação platônica e interpretação liberal. A interpretação platônica sustenta que as melhores condições são aquelas em que é mais provável que as pessoas realmente escolham e levem a vida que para elas seja a mais valiosa. A interpretação liberal afirma, em vez disso, que as melhores condições são as que oferecem às pessoas a escolha melhor e mais informada sobre como levar suas vidas. As melhores condições para a escolha, nesse sentido liberal, não exigem simplesmente uma ampla escolha de possibilidades permitidas pelo direito, mas também um ambiente público no qual se evidenciem exemplos de diferentes maneiras de viver, uma tradição cultural na qual estas sejam exploradas imaginativamente em várias formas de arte e um sistema jurídico que ofereça as instituições e relações que muitos desses modos de vida exigem e que os proteja de várias formas de corrupção. A estratégia Williams tenta unir as interpretações platônica e liberal na afirmação de que o melhor meio de descobrir quais vidas são realmente as melhores é fornecer as melhores condições de escolha no sentido liberal. Mas isso é apenas uma hipótese: temos razões para duvidar disso, e o mundo à nossa volta não lhe dá muito apoio. Portanto, a escolha entre as duas interpretações é uma escolha genuína. A interpretação platônica não justifica necessariamente lavagem cerebral ou as outras técnicas

Suponha que aceitemos, pelo menos de modo geral, que uma decisão política é justificada se promete tornar os cidadãos mais felizes ou concretizar mais das suas preferências, em média, do que poderia fazer qualquer outra decisão. Suponha que consideremos que a decisão de proibir inteiramente a pornografia não passa por esse teste porque os desejos e preferências de editores e consumidores são sobrepujados pelos desejos e preferências da maioria, inclusive suas preferências sobre como os outros devem conduzir suas vidas. Como poderia alguma decisão contrária, permitindo o uso privado da pornografia, ser justificada?

Dois argumentos poderiam fornecer tal justificativa. Em primeiro lugar, poderíamos argumentar que, embora o objetivo utilitarista formule um importante ideal político, ele não é o único ideal importante, e que se deve permitir a pornografia para proteger algum outro ideal que, nas circunstâncias, seja mais importante. Em segundo lugar, poderíamos argumentar

cas de controle do pensamento que aprendemos a temer. Mas duvido que seja atraente para muitas pessoas e presumirei que a interpretação liberal é a teoria agora em questão. Vimos, na primeira parte deste ensaio, que as várias características de um bom ambiente para a escolha podem estar em conflito. Se a lei proíbe a pornografia mesmo privadamente, ela limita a escolha de um modo importante. Se não proíbe, porém, limita a escolha de outra maneira: os que desejam formar relações sexuais baseadas em atitudes de respeito e beleza culturalmente respaldadas, e criar seus filhos segundo esse ideal, podem achar muito mais difícil realizar seus planos se a pornografia assumir uma posição muito firme na cultura popular, o que pode ocorrer mesmo sem exibição pública. Assim, o objetivo das melhores condições para a prosperidade humana, pelo menos na interpretação liberal, exige trocas e conciliações tanto quanto qualquer forma de utilitarismo. Nesse caso, podemos plausivelmente (pelo menos para alguns propósitos) considerar o objetivo de prover essas condições como uma forma particularmente esclarecida de utilitarismo, que mede o valor de uma comunidade não pela oportunidade que oferece às pessoas em geral, no agregado, de satisfazer quaisquer preferências que tenham, mas, antes, pela oportunidade que lhes oferece, novamente no agregado, de desenvolver e satisfazer concepções coerentes e informadas da vida mais valiosa a levar. (Embora devamos lembrar que o professor Williams rejeita, pelo menos como teoria de moralidade pessoal, formas mais tradicionais de utilitarismo. Ver J. J. C. Smart e Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge University Press, 1973.) Mas não insistirei aqui nessa assimilação nem examinarei como o argumento que forneço teria de ser modificado se tirássemos essa interpretação generosa das fronteiras do utilitarismo.

que a análise adicional dos fundamentos que temos para aceitar o utilitarismo como justificativa de fundo — reflexão adicional sobre por que desejamos tentar alcançar esse objetivo — mostra que a utilidade deve ceder a certo direito de independência moral no caso. A primeira forma de argumento é pluralista: argumenta a favor de um triunfo sobre a utilidade, com base no fundamento de que, embora a utilidade sempre seja importante, não é a única coisa que importa e que outros objetivos e ideais são às vezes mais importantes. A segunda supõe que a compreensão adequada do que é o utilitarismo e de por que ele é importante justificará o direito em questão.

Não acredito que o argumento pluralista tenha muita perspectiva de sucesso, pelo menos não tal como aplicado ao problema da pornografia. Mas não desenvolverei agora os argumentos que seriam necessários para sustentar essa opinião. Quero, em vez disso, oferecer um argumento do segundo tipo, que, em resumo, é o seguinte. O utilitarismo deve seu apelo, qualquer que seja ele, ao que poderíamos chamar de seu matiz igualitário. (Ou, se isso for muito forte, que perderia todo o seu apelo não fosse por esse matiz.) Suponha que alguma versão do utilitarismo estipulasse que as preferências de algumas pessoas deveriam contar menos que as de outras no cálculo de como melhor realizar a maioria das preferências, quer porque essas pessoas fossem, em si, menos dignas, menos atraentes ou menos amadas, quer porque as preferências em questão se combinassem para formar um modo de vida desprezível. Isso nos pareceria francamente inaceitável e, de qualquer modo, muito menos atraente que as formas padrão de utilitarismo. Em qualquer uma de suas versões padrão, o utilitarismo pode reivindicar oferecer uma concepção de como o governo trata as pessoas como iguais, ou como o governo respeita a exigência fundamental de que deve tratar as pessoas como iguais. O utilitarismo afirma que as pessoas são tratadas como iguais quando as preferências de cada uma, avaliadas apenas no que diz respeito à intensidade, são equilibradas na mesma balança, sem nenhuma distinção de pessoa ou mérito. A versão correta do utilitarismo que acaba de ser descrita, que confere menos

peso a algumas pessoas que a outras ou descarta algumas preferências porque elas são ignóbeis, perde o direito a essa reivindicação. Mas se, na prática, o utilitarismo não for detido por algo como o direito de independência moral (e por outros direitos afins), ele irá descambar, para todos os propósitos práticos, exatamente nessa versão.

Suponha uma comunidade de muitas pessoas que inclua Sarah. Se a Constituição mostra uma versão de utilitarismo que estipula que as preferências de Sarah devem valer duas vezes mais que as dos outros, essa seria a versão desigualitária e inaceitável do utilitarismo. Suponha agora, porém, que o dispositivo constitucional é a forma padrão de utilitarismo, isto é, que é neutra para com todas as pessoas e preferências, mas que um número surpreendente de pessoas ama muito Sarah e, portanto, prefere vigorosamente que suas preferências valham duas vezes mais que as dos outros nas decisões políticas cotidianas feitas no cálculo utilitarista. Se Sarah deixa de receber o que receberia se suas preferências valessem duas vezes mais que as dos outros, essas pessoas ficam infelizes, pois suas preferências advindas do amor a Sarah não são satisfeitas. Permittendo-se que essas preferências sejam consideradas, portanto, Sarah receberá muito mais na distribuição de bens e oportunidades do que conseguiria de outro modo. Afirimo que isso destrói o matiz igualitário da Constituição utilitarista aparentemente neutra tanto quanto se o dispositivo neutro fosse substituído pela versão rejeitada. Na verdade, o dispositivo aparentemente neutro solapa a si mesmo porque confere um peso crítico, ao decidir qual distribuição promove a utilidade, à opinião dos que promovem a teoria, profundamente não neutra (alguns diriam antiutilitarista), de que as preferências de alguns devem valer mais que as dos outros.

A resposta que um utilitarista ansioso por resistir ao direito de independência moral daria a esse argumento é óbvia: o utilitarismo não confere peso à verdade dessa teoria, mas apenas ao fato de que muitas pessoas (erroneamente) sustentam essa teoria e, portanto, ficam desapontadas quando a distribuição a que o governo chega não é a distribuição que elas acredi-

tam ser correta. O que conta é o seu desapontamento, não a verdade de suas opiniões, e não há nisso nenhuma incoerência lógica nem pragmática. Mas essa resposta é muito rápida. Pois há aqui um tipo de contradição particularmente acentuado. O utilitarismo deve reivindicar (como disse anteriormente, qualquer teoria política deve reivindicar) a verdade para si e, portanto, deve reivindicar a falsidade de qualquer teoria que o contradiga. Isto é, deve ocupar todo o espaço lógico que seu conteúdo exige. Mas o utilitarismo neutro reivindicava (ou, de qualquer modo, pressupõe) que ninguém, em princípio, tem mais direito que qualquer outro a ter alguma de suas preferências satisfeitas. Afirma que a única razão para negar o cumprimento dos desejos de uma pessoa, quaisquer que sejam eles, é que mais desejos ou desejos mais intensos sejam satisfeitos. Insiste em que a justiça e a moralidade política não podem oferecer nenhuma outra razão. Essas são, poderíamos dizer, as *razões* do utilitarismo neutro para tentar alcançar uma estrutura política na qual a realização média das preferências seja tão alta quanto possível. A questão não é se um governo pode chegar a essa estrutura política se considera preferências políticas como as dos que amam Sarah<sup>17</sup>, ou se o governo terá considerado alguma preferência duas vezes, contradizendo, portanto, o utilitarismo de maneira direta. Trata-se, na verdade, de determinar se o governo pode conseguir tudo isso sem contradizer implicitamente essas razões.

Suponha que exista na comunidade um nazista, por exemplo, cujo conjunto de preferências inclua a preferência de que os arianos tenham mais preferências concretizadas que os judeus apenas por serem quem são. Um utilitarista neutro não pode dizer que não há nenhuma razão na moralidade política para rejeitar ou desmerecer essa preferência, para não descartá-la como errada, para não se empenhar em cumprí-la com toda a dedicação que as autoridades devotam à realização de

17. Embora existam riscos evidentes de um círculo aqui. Ver Dworkin, "What is Equality? Part I: Equality and Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 10: 3 (1981).

qualquer outro tipo de preferência. Isso porque o próprio utilitarismo oferece tal razão: seu princípio mais fundamental é que as preferências das pessoas devem ser pesadas em base igual na mesma balança, que a teoria nazista de justiça é profundamente errada e que as autoridades devem opor-se à preferência dos nazistas e lutar para derrotá-la, não para concretizá-la. Um utilitarista neutro é impedido, por razões de coerência, de assumir a mesma postura politicamente neutra com respeito à preferência política nazista que adota para com outros tipos de preferências. Não poderia, porém, defender as razões descritas a favor da utilidade média máxima computada levando-se em conta essa preferência.

Não quero dizer que endossar o direito de alguém ter suas preferências satisfeitas automaticamente endossa suas preferências como boas ou nobres. O utilitarista bom, que diz que o jogador de *pinball* tem o mesmo direito à satisfação de seu gosto que o poeta, não está, por essa razão, comprometido com a proposição de que uma vida de *pinball* é tão boa quanto uma vida de poesia. Somente os críticos vulgares do utilitarismo insistiriam nessa inferência. O utilitarista diz apenas que nada na teoria da justiça fornece alguma razão para que as decisões e os arranjos políticos e econômicos da sociedade devam estar mais próximos dos que o poeta preferiria do que daqueles que o jogador de *pinball* preferiria. Do ponto de vista da justiça política, seria apenas uma questão de quantas pessoas prefeririam ser uma coisa à outra e com que intensidade. Mas ele não pode dizer o mesmo a respeito do conflito entre o nazista e o oponente utilitarista neutro do nazismo, pois a teoria política correta, a sua teoria política, justamente a teoria política à qual recorre ao atentar para o fato da reivindicação do nazista, realmente trata do conflito. Ela diz que a preferência do utilitarista neutro é justa e descreve com exatidão o que as pessoas têm direito a ter em matéria de moralidade política, mas que a preferência do nazista é profundamente injusta e caracteriza o que ninguém tem direito a ter em matéria de moralidade política. Mas, então, é contraditório dizer, novamente como questão de moralidade política, que o nazista tem tanto direito quanto o utilitarista ao sistema político que prefere.

A questão pode ser colocada desta maneira. As preferências políticas, como a preferência do nazista, estão no mesmo nível — pretendem ocupar o mesmo espaço — que a própria teoria utilitarista. Portanto, embora a teoria utilitarista deva ser neutra entre preferências pessoais como as preferências por *pinball* ou poesia, em matéria de teoria da justiça ela não pode, sem contradição, ser neutra entre ela mesma e o nazismo. Não pode aceitar imediatamente o dever de derrotar a falsa teoria de que as preferências de algumas pessoas devem contar mais que as de outras, e o dever de lutar para realizar as preferências políticas dos que aceitam passionalmente essa falsa teoria, tão energicamente quanto luta por quaisquer outras preferências. A distinção sobre a qual repousa a resposta a tais argumentos, a distinção entre a verdade e o fato das preferências políticas nazistas, cai por terra, porque se o utilitarismo considera o fato dessas preferências, nega o que não pode negar, ou seja, o fato de que a justiça exige que ele se oponha a elas.

Podríamos escapar dessa questão distinguindo duas formas ou níveis diferentes de utilitarismo. A primeira seria apresentada simplesmente como uma teoria débil de como se deve escolher uma constituição política numa comunidade cujos membros preferem tipos diferentes de teorias políticas. A segunda seria uma candidata à constituição a ser escolhida; poderia argumentar a favor de uma distribuição que maximizasse a satisfação agregada das preferências pessoais na distribuição efetiva de bens e oportunidades, por exemplo. Nesse caso, a primeira teoria argumentaria apenas que as preferências do nazista deveriam receber o mesmo peso que as preferências do segundo tipo de utilitarismo na escolha de uma constituição, pois cada uma tem igual direito à constituição que prefere e não haveria nenhuma contradição nessa proposição. É claro, porém, que a teoria utilitarista neutra que estamos considerando não é uma teoria débil desse tipo. Ela propõe uma teoria da justiça como constituição política plena, não apenas uma teoria sobre como escolher uma, e, portanto, não pode escapar à contradição pela modéstia.

Ora, o mesmo argumento é válido (embora talvez de modo menos evidente) quando as preferências políticas não são

conhecidas e desprezíveis, como a teoria nazista, porém mais informais e alegres, como as preferências dos que amam Sarah, para os quais as preferências dela devem valer duas vezes mais. Estes poderiam, na verdade, ser "sarocratas", que acreditam que ela tem direito ao tratamento que recomendam em virtude do nascimento ou de outras características que são exclusivamente dela. Contudo, mesmo que suas preferências se originem de uma afeição especial e não da teoria política, elas invadem o espaço reivindicado pelo utilitarismo neutro e, portanto, não podem ser levadas em conta sem que se destruam as razões que o utilitarismo apresenta. Meu argumento, portanto, resume-se ao seguinte. Se o utilitarismo deve figurar como parte de uma teoria política funcional e atraente, é preciso que seja ressaltado de modo a restringir as preferências a considerar pela exclusão de preferências políticas tanto do tipo formal quanto informal. Uma maneira prática de conseguir essa restrição é oferecida pela idéia dos direitos como trunfos sobre o utilitarismo irrestrito. Uma sociedade comprometida com o utilitarismo como justificativa de fundo geral que não desqualifica em termos nenhuma preferência, poderia conseguir essa desqualificação adotando um direito à independência política: o direito de que nenhuma pessoa sofra desvantagem na distribuição de bens com base no fundamento de que outros pensam que elas deveriam ter menos pelo que são ou não são, ou de que outros se importam menos com elas do que se importariam com outras pessoas. O direito de independência política teria o efeito de proteger os judeus das preferências dos nazistas, e os que não são Sarah das preferências dos que a adoram.

O direito de independência moral pode ser defendido de maneira análoga. O utilitarismo neutro rejeita a idéia de que algumas ambições que as pessoas possam ter em suas vidas deveriam ter menos poder sobre os recursos e oportunidades sociais que outras, exceto quando isso seja consequência de pesar todas as preferências em base igual na mesma balança. Rejeita o argumento, por exemplo, de que a concepção de algumas pessoas de como deveria ser a experiência sexual e de que parte a fantasia deveria desempenhar nessa experiência, e

de qual deveria ser o caráter dessa fantasia, é inerentemente degradante ou doentia. Mas, então, não pode levar em conta (pelos motivos retratados) as preferências morais dos que sustentam tais opiniões para avaliar se os indivíduos que formam alguma minoria sexual, incluindo homossexuais e pornógrafos, devem ser proibidos de ter as experiências sexuais que desejam. O direito de independência moral é parte da mesma coleção de direitos que o direito de independência política, e deve ser justificado como trunfo sobre uma defesa utilitarista irrestrita de leis proibitivas da pornografia, numa comunidade dos que se julgam ofendidos simplesmente pela idéia de que seus vizinhos estão lendo livros sujos, do mesmo modo que esse direito é justificado como trunfo sobre uma justificativa de dar menos aos judeus ou mais a Sarah numa sociedade nazista ou de pessoas que amam Sarah.

Resta considerar se o direito abstrato à independência moral, defendido dessa maneira, permitiria, não obstante, a restrição da exibição pública de pornografia numa sociedade cujas preferências contra essa exibição fossem apoiadas pelos motivos mistos que examinamos na última parte. Essa é uma situação na qual o matiz igualitário do utilitarismo é ameaçado não em uma, mas em duas direções. Na medida em que os motivos em questão são preferências morais sobre como os outros devem comportar-se, e que esses motivos são levados em conta, a neutralidade do utilitarismo é comprometida. Mas na medida em que esses são tipos de motivos um tanto diferentes daqueles que consideramos, que enfatizam não como os outros devem conduzir suas vidas, mas o caráter da experiência sexual que as pessoas querem para si mesmas, e que esses motivos são desconsiderados, a neutralidade do utilitarismo é comprometida na outra direção, pois torna-se desnecessariamente inóspita para as ambições especiais e importantes dos que perdem controle de um aspecto crucial de seu próprio autodesenvolvimento. A situação, portanto, não constitui um argumento adequado para uma recusa profílica em considerar qualquer motivo semipre que não podemos ter certeza de que esse motivo não está misturado com o moralismo, pois o perigo de injustiça encontra-se de ambos os lados, não apenas de um. A alternativa que

descrevi na seção precedente é, pelo menos, melhor que essa. Esta argumentação que a restrição pode ser justificada, embora não possamos ter certeza de que as preferências que as pessoas têm pela restrição não estão contaminadas pelo tipo de preferências que deveríamos excluir, contanto que o dano ocasional aos que são afetados adversamente não seja um dano sério, mesmo a seus olhos. Permitir restrições à exibição pública é, em certo sentido, uma concessão, mas é uma concessão recomendada pelo direito de independência moral, uma vez que se apresentem as razões para esse direito, não uma concessão des-se direito.

#### *As objeções de Hart*

Existem, então, bons fundamentos para os que aceitam o utilitarismo como uma justificativa de fundo geral para as decisões políticas também aceitarem, como parte do mesmo pacote, um direito de independência moral na forma que acabei de argumentar, que sustentaria ou permitiria as recomendações principais do Relatório Williams. Terminarei este ensaio considerando certas objeções que H. L. A. Hart fez, em 1980<sup>18</sup>, a um argumento similar que apresentei há alguns anos, a respeito da ligação entre o utilitarismo e esses direitos<sup>19</sup>. As objeções de Hart demonstram, na minha opinião, uma compreensão equivocada desse argumento, que minha formulação anterior, tal como a vejo agora, encorajou; poderia, portanto, ser útil, para evitar uma incompreensão semelhante agora, relatar essas objeções e os motivos que tenho para pensar que concebem erroneamente o meu argumento.

18. Hart, "Between Utility and Rights", *Columbia Law Review*, 79: 828, 836 ss. (1980).

19. Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, introdução, cap. 12 e apêndice, pp. 357-8. Ver também Dworkin, "Liberalism", em Stuart Hampshire (org.), *Public and Private Morality* (Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 1978) e Dworkin, "Social Science and Constitutional Rights: the Consequences of Uncertainty", *Journal of Law and Education*, 6: 3 (1977).

Sugeri, na primeira formulação do presente argumento, que se um utilitarista inclui na sua contagem preferências semelhantes às preferências dos que amam Sarah, essa é uma "forma" de contagem dupla, pois as preferências de Sarah são contadas duas vezes, uma vez por causa dela e uma vez pelas preferências secundárias de outros que incorporam as preferências dela como referência. Hart diz que isso é um erro porque, na verdade, as preferências de nenhuma pessoa são contadas duas vezes, e seria contar a menos as preferências dos que amam Sarah e, portanto, deixar de tratá-los como iguais, se suas preferências a favor dela fossem desconsideradas. Haveria algo de verdade nessa afirmação se o que estivesse em questão fossem votos, não preferências, porque se alguma pessoa desejasse votar a favor do sucesso de Sarah em vez do seu, seu papel no cálculo seria esgotado por esse presente, e se seu voto fosse então desconsiderado, ela poderia muito bem reclamar que foi lesada no seu direito de igual participação na decisão política. Mas as preferências, tal como figuram nos cálculos utilitaristas, não são como votos. Alguém que relate mais preferências ao computador utilitarista não diminui (exceto trivialmente) o impacto de outras preferências que também relata; com efeito, aumenta o papel de suas preferências gerais, em comparação com o papel das preferências de outras pessoas, no cálculo gigante. Portanto, alguém que prefere o sucesso de Sarah ao sucesso das pessoas em geral, e, ao contribuir com essa preferência para um cálculo utilitarista irrestrito assegura mais a ela, não tem menos para si — para o cumprimento de suas preferências mais pessoais — do que outra pessoa para quem o destino de Sarah é indiferente.

Não penso que a minha descrição, de que contar as preferências de alguém a favor de Sarah é uma forma de contagem dupla, seja equivocada nem injusta. Mas seu objetivo era resumir o argumento, não formulá-lo, e não insistirei nessa caracterização particular. Como Hart observa, fiz isso apenas com respeito a alguns dos exemplos que ofereci, nos quais o utilitarismo irrestrito produziu resultados obviamente inegualitários. Hart apresenta razões mais substanciais acerca de um exemplo

diferente que usei, que levantou a questão de se os homossexuais têm direito de praticar seus gostos pessoais privadamente. Ele pensa que quero dizer "que se, como resultado de [preferências que expressam reprovação moral dos homossexuais] inclinar-se a balança, as pessoas tiverem negada alguma liberdade, digamos, de ter certas relações sexuais, os que forem assim privados sofrem porque, por esse resultado, seu conceito de uma forma adequada ou desejável de vida é desprezado, e isso equivale a tratá-los como inferiores ou menos dignos que os outros, ou como não merecedores de igual consideração e respeito"<sup>20</sup>.

Mas isso exprime erroneamente minhas razões. Não é o resultado (ou, como Hart mais tarde o descreve, o "produto") do cálculo utilitarista que causa ou concretiza o fato de os homossexuais serem desprezados por outros. É o contrário: quando se nega a alguma pessoa a liberdade da prática sexual em virtude de uma justificativa utilitarista que se apóia nas preferências moralistas de outras pessoas, ela sofre desvantagem pelo fato de seu conceito de uma vida adequada já ser desprezado por outros. Hart diz que a "principal fraqueza" de meu argumento — a característica que o torna "fundamentalmente errado" — é presumir que se a liberdade de alguém é restringida, isso deve ser interpretado como uma negação de igual tratamento. Meu argumento, porém, é de que isso nem sempre ou geralmente é assim, mas apenas quando a justificativa da restrição se apóia, de alguma maneira, no fato de outros condenarem as convicções ou valores daquela pessoa. Hart diz que a interpretação da negação da liberdade como a negação de igual consideração é "ainda menos crível" no caso que discuto, isto é, quando a negação é justificada por meio de um argumento utilitarista, porque, diz ele, a mensagem dessa justificação não é a de que a minoria derrotada ou suas convicções sejam inferiores, mas apenas que eles são muito poucos para contrabalançar as preferências da maioria, que só podem ser alcançadas se for negada à minoria a liberdade que ela deseja. Contudo,

20. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, p. 842.

mais uma vez, isso ignora a distinção que quero fazer. Se a justificativa utilitarista para negar a liberdade de prática sexual aos homossexuais pode ser bem sucedida sem se levarem em conta as preferências moralistas da maioria (como poderia ser, se houvesse bons motivos para se acreditar no que, na verdade, é incrível, que a expansão da homossexualidade promove o crime violento), a mensagem da proibição seria apenas aquela que Hart aponta, que poderia ser colocada desta maneira: "É impossível que todos sejam protegidos em todos os seus interesses, e os interesses da minoria devem ceder, lamentavelmente, ao interesse da maioria para sua segurança." Não existe, pelo menos no meu presente argumento, nenhuma negação do tratamento como igual nessa afirmação. Mas se a justificativa utilitarista não pode ter sucesso sem que se recorra às preferências moralistas sobre como a minoria deve viver, e o governo, não obstante, insiste nessa justificativa, a mensagem então é muito diferente e, na minha opinião, mais repulsiva. Consta exatamente em que a minoria deve sofrer porque outros julgam repulsivas as vidas que ela se propõe viver, o que não parece mais justificável, numa sociedade comprometida com tratar as pessoas com igualdade, que a proposição que examinamos anteriormente e rejeitamos como incompatível com a igualdade, de que algumas pessoas devem sofrer desvantagem pela lei porque outros não gostam delas.

Hart apresenta razões adicionais. Sugere, por exemplo, que foram as preferências políticas "desinteressadas" dos liberais que inclinaram a balança a favor da revogação de leis contra relações homossexuais na Inglaterra em 1967, e pergunta como alguém poderia considerar que essas preferências, naquela época, ofendiam o direito de alguém de ser tratado com igualdade. Mas essa questão compreende erroneamente muitas razões, em um aspecto fundamental. Não afirmo — como alguém poderia fazê-lo? — que os cidadãos de uma democracia não devem fazer campanha e votar a favor do que pensam que é justo. A questão não é se as pessoas devem trabalhar pela justiça, mas antes que avaliação nós e elas devemos aplicar para determinar o que é justo. O utilitarismo sustenta que devemos

aplicar o seguinte teste: devemos trabalhar para alcançar a máxima satisfação possível das preferências que encontramos distribuídas em nossa comunidade. Se aceitássemos esse teste de maneira irrestrita, consideraríamos as atraentes convicções políticas dos liberais da década de 1960 como dados simplesmente, a serem confrontados com as convicções menos atraentes de outros, para ver quais levariam a melhor na disputa de número e intensidade. É concebível que a posição liberal venisse. É provável que não.

Argumentei, porém, que esse é um teste falso, que solapa as razões do utilitarismo, se as preferências políticas dos liberais ou de seus oponentes forem contadas e pesadas para determinar o que a justiça exige. É por isso que recomendo, como parte de qualquer teoria política geral na qual o utilitarismo figura como justificativa de fundo, direitos à independência política e moral. Mas os liberais que na década de 1960 fizeram campanha pelos interesses dos homossexuais na Inglaterra certamente não adotaram o teste que rejeito. *Expressaram* suas próprias preferências políticas nos seus votos e argumentos, mas não *recorreram* à popularidade dessas preferências para fornecer um argumento a favor do que queriam, como o argumento utilitarista irrestrito a que me oponho os teria encorajado a fazer. Recorreram, talvez, a algo como o direito de independência moral. De qualquer modo, não se valeram de um argumento incompatível com esse direito. Tampouco é necessário que nos apoteemos em algum argumento desse tipo para dizer que o que fizeram estava certo e que trataram as pessoas com igualdade. A prova é esta: as razões para a reforma teriam sido igualmente fortes na teoria política, mesmo que muito poucos ou nenhum homossexual quisesse a reforma, embora, é claro, a reforma, então, não tivesse sido possível na prática. Se for assim, não podemos condenar o procedimento que produziu a reforma alegando que ofendia o direito de alguém à independência.

A incomprensão de Hart no caso foi, sem dúvida, encorajada por minha descrição de como funcionam direitos como o direito à independência moral em um sistema constitucional

como o dos Estados Unidos, que usa os direitos como pedra de toque da legalidade da legislação. Disse que um sistema constitucional desse tipo é valioso quando a comunidade como um todo nutre preconceitos contra alguma minoria, ou convicções de que o modo de vida dessa minoria é ofensivo contra pessoas de bom caráter. Nessa situação, o processo político comum tem a probabilidade antecedente de chegar a decisões que não passariam no teste que construímos, pois essas decisões limitariam a liberdade da minoria e, contudo, não poderiam ser justificadas pela teoria política, exceto supondo que algumas formas de vida são inerentemente erradas ou degradantes, ou considerando como parte da justificativa o fato de que a maioria pensa que o são. Como essas decisões *repressivas* seriam erradas, pelas razões que ofereço, o direito constitucional proibidas de antemão.

A decisão a favor da reforma que Hart descreve não seria — não poderia ser — uma decisão justificada apenas com base na alegação de ofensa. Mesmo que as benignas preferências liberais figurassem como dados, não como argumentos, como penso que não deveriam figurar, ninguém estaria em posição de reivindicar o direito à independência moral ou política como escudo contra a decisão a que, na verdade, se chegou. Mas alguém poderia ser levado a supor, pela minha discussão, que eu condeno qualquer processo político que permita que se tomem decisões políticas quando as razões das pessoas para apoiar uma decisão em lugar de outra tendem a estar além de seus interesses pessoais. Espero agora que esteja claro por que isso é errado. *Essa* posição não permitiria que uma democracia votasse a favor de programas de bem-estar social, ajuda externa ou preservação para gerações futuras. Na verdade, na ausência de um sistema constitucional adequado, a única esperança de justiça é justamente que o povo vote com um senso de justiça desinteressado. Condono um processo político que supõe que o próprio fato de as pessoas terem tais motivos é parte das razões de moralidade política a favor do que eles preferem. Os liberais homossexuais de Hart podem ter apresentado o seguinte argumento a seus concidadãos. “Sabemos que muitos

de vocês julgam a idéia de relações homossexuais perturbadora e até mesmo ofensiva. Alguns de nós também. Mas vocês devem reconhecer que negaria a igualdade, na forma da independência moral, considerar o fato de que temos esses sentimentos como uma justificativa para a legislação penal. Sendo assim, não temos, na verdade, nenhuma justificativa para o direito atual, e devemos, com toda a justiça, reformá-lo." Na desse argumento considera como argumento o fato de os liberais, ou aqueles a quem se dirige, terem quaisquer preferências ou convicções: o argumento é apresentado recorrendo-se à justiça, não ao fato de que muitas pessoas querem justiça. Não há nada nesse argumento que deixe de tratar os homossexuais como iguais. Pelo contrário. Mas é esse justamente o meu ponto.

Considerarei em conjunto algumas das outras objeções de Hart. Ele menciona minha afirmação, de que os direitos que as pessoas têm dependem da justificativa de fundo e das instituições políticas que também estão em jogo, pois o argumento a favor de qualquer direito particular deve reconhecê-lo como parte de um complexo pacote de outras suposições e práticas às quais ele se sobrepõe. Mas ele acha isso estranho. Pode fazer sentido, observa ele, dizer que as pessoas *precisam* menos de direitos em algumas formas de governos do que em outras. Mas faz sentido dizer que elas *têm* menos direitos numa situação do que em outra? Também reprova a minha sugestão (que é central à argumentação que fiz na última seção) de que os direitos que durante muito tempo se pensou serem direitos à liberdade, como o direito dos homossexuais à liberdade da prática sexual ou o direito dos pornógrafos de ver privadamente o que gostam de ver, são realmente (pelo menos nas circunstâncias das democracias modernas) direitos à igualdade de tratamento. Essa proposição, que Hart denomina "fantástica", teria a consequência, diz ele, de que um tirano, que tivesse proibido uma forma de atividade sexual ou a prática de uma religião, eliminaria efetivamente o mal em vez de aumentá-lo se ampliase a proibição de modo que se incluísse toda a prática sexual e todas as religiões, removendo assim a desigualdade de trata-

mento. O ponto fraco nas proibições de atividades sexuais ou religiosas, diz ele, é que estas diminuem a liberdade, não a igual liberdade; acrescentar uma violação da igualdade à conta torna a igualdade uma idéia vazia e fútil, sem nenhuma serventia.

Essas diferentes objeções estão claramente ligadas, pois supõem que quaisquer direitos que as pessoas tenham são, pelo menos em grande parte, direitos atemporais necessários à proteção de interesses duradouros e importantes, fixados pela natureza humana e fundamentais ao desenvolvimento humano, como interesses na escolha de parceiros e atos sexuais e na escolha de convicção religiosa. Essa é uma teoria conhecida do que são direitos e para que servem, e disse que não exportaria, neste ensaio, as razões que tenho para pensar que se trata de uma teoria de direitos inadequada. Disse de fato que é improvável que essa teoria produza alguma defesa do direito que estive examinando, que é o direito de independência moral tal como aplicado ao uso da pornografia, porque parece implausível que quaisquer interesses humanos importantes sejam prejudicados pela proibição de livros ou filmes sujos. Mas esse não é um bom argumento contra a teoria geral de direitos baseada nos interesses fundamentais, porque os que aceitam essa teoria podem estar prontos a reconhecer — talvez mesmo a defender — que o recurso aos direitos a favor dos pornógrafos é um erro que avilta a idéia de direitos, e que não há nada na moralidade política que condene a proibição total da pornografia se isso for o que concretizará melhor as preferências da comunidade como um todo.

Meu objetivo é desenvolver uma teoria de direitos que seja relativa aos outros elementos de uma teoria política e examinar até que ponto essa teoria pode ser elaborada a partir da idéia tremendamente abstrata (mas nem um pouco vazia) de que o governo deve tratar as pessoas com igualdade. Essa teoria torna os direitos relativos apenas em um sentido. Estou ansioso para demonstrar como os direitos se ajustam aos diferentes pacotes, de modo que quero verificar, por exemplo, que direitos deveriam ser aceitos como triunfos sobre a utilidade caso a utilidade seja aceita, como muitos acreditam que deve

set, como o fundo adequado para a justificativa. Essa é uma questão importante porque, como disse, pelo menos um tipo informal de utilitarismo tem sido aceito, desde há algum tempo, nas práticas políticas. Ele forneceu, por exemplo, a justificativa eficaz da maior parte das restrições à nossa liberdade através do direito que aceitamos como adequado. Mas não decorre dessa investigação que devo endossar (como às vezes dizem que faço)<sup>21</sup> o pacote do utilitarismo junto com os direitos que o utilitarismo exige, como o melhor pacote que se pode construir. Não endosso. Embora os direitos sejam relativos aos pacotes, ainda assim, um pacote deve ser escolhido como o melhor de preferência aos outros, e duvido que, no fim, qualquer pacote baseado em alguma forma conhecida de utilitarismo se revele o melhor. Tampouco decorre do meu argumento que não há direitos que qualquer pacote defensável deva conter — nenhum direito que seja, nesse sentido, um direito natural —, embora o argumento de que existem tais direitos, e a explicação do que são eles, deva, obviamente, seguir um caminho diferente daquele que tomei ao argumentar a favor do direito à independência moral como trunfo sobre as justificativas utilitaristas.

Mas se os direitos figuram no complexo pacote da teoria política, é desnecessário e muito simplista recorrer aos direitos como única defesa contra decisões políticas estúpidas ou más. Sem dúvida, Hitler e Nero violaram todos os direitos que alguma teoria política plausível poderia oferecer; mas também é verdade que o mal que esses monstros causaram não poderia encontrar apoio nem mesmo na justificativa de fundo de qualquer teoria desse tipo. Suponha que algum tirano (um Angelo ainda mais enlouquecido) proibisse o sexo inteiramente, sob pena de morte, ou banisse toda a prática religiosa numa comunidade cujos membros fossem todos devotos. Deveríamos dizer que o que ele fez (ou tentou fazer) era insano ou mau, ou que ele não tinha absolutamente nenhuma consideração por seus súditos, que é a exigência mais básica que a moralidade

21. Ver, p. ex., *ibid.*, p. 845, n. 43.

política impõe aos que governam. Talvez não precisemos da idéia de igualdade para explicar essa última exigência. (Sou deliberadamente cauteloso aqui.) Tampouco precisamos, porém, da idéia de direitos.

Somente precisamos dos direitos, enquanto um elemento distinto da teoria política, quando alguma decisão que prejudique que certas pessoas encontre, não obstante, apoio *prima facie* na afirmação de que isso deixará a comunidade como um todo em melhor situação segundo alguma descrição plausível de onde reside o bem-estar geral da comunidade. Mas a fonte mais natural de qualquer objeção que possamos ter a tal decisão é a de que, no seu interesse pelo bem-estar, prosperidade ou florescimento das pessoas como um todo, ou na concretização de algum interesse difundido na comunidade, a decisão não presta suficiente atenção ao seu impacto sobre a minoria, e certo recurso à igualdade parece uma expressão natural de uma objeção proveniente dessa fonte. Queremos dizer que a decisão está errada, apesar de seu mérito aparente, porque não leva em conta, da maneira correta, o dano que causa a alguns e, portanto, não trata essas pessoas como iguais, com direito à mesma consideração que outras.

Esse ataque nunca é válido por si mesmo. Deve ser desenhado mediante alguma teoria sobre o que exige o igual interesse, ou, como no caso do argumento que ofereci, sobre o que a própria justificativa de fundo supõe que o tratamento igual requer. Outros inevitavelmente rejeitarão qualquer teoria desse tipo. Alguém pode dizer, por exemplo, que o tratamento igual exige apenas que as pessoas recebam aquilo a que têm direito quando suas preferências são confrontadas com as preferências, inclusive políticas e morais, de outros. Nesse caso (se este correto em que o direito à liberdade sexual baseia-se na igualdade), ele não mais apoiaria esse direito. Mas como poderia? Suponha que a decisão de banir a homossexualidade, mesmo privadamente, seja a decisão a que se chegou após confrontarem-se as preferências que, segundo ele, dizem respeito à homossexualidade. Ele não poderia dizer que, embora a decisão não trate os homossexuais com igualdade, dando-lhes tudo o

que a igualdade de tratamento por sua situação exige, a decisão, não obstante, é errada porque invade sua liberdade. Se algumas restrições à liberdade podem ser justificadas pela comparação das preferências, por que não essa?<sup>22</sup> Suponha que ele retomasse a idéia de que a liberdade sexual é um interesse fundamental. Ela, porém, trata as pessoas como iguais para violar seus interesses fundamentais em nome dos ganhos menores para um grande número de outros cidadãos? Ele dirá talvez que sim, porque o caráter fundamental dos interesses violados foi levado em conta no processo de pesagem, de modo que se estes são suplantados, é porque os ganhos para outros, pelo menos no agregado, são muito grandes para serem ignorados com justiça. Mas se é assim, anuir aos interesses da minoria suplantada seria dar à minoria mais atenção do que permite a igualdade, o que é favoritismo. Como pode, então, reprovar a decisão a que chegou o processo de pesagem? Portanto, se alguém realmente pensa que banir as relações homossexuais é tratar os homossexuais com igualdade, quando essa é a decisão a que se chegou por uma pesagem utilitarista, irrestrita, ele parece não ter nenhum fundamento persuasivo para dizer que a decisão, não obstante, invade seus direitos. Minha hipótese, de que os direitos que foram tradicionalmente descritos como conseqüências de um direito geral à liberdade são, na verdade, as conseqüências da igualdade, pode, no fim, revelar-se errada. Mas não é, como Hart diz, "fantástica".

22. Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 266-72.

## O caso Farber: repórteres e informantes\*

Em 1978, o dr. Mario Jaslavich foi a julgamento em Nova Jersey pelo assassinato, por envenenamento com curare, de vários pacientes de hospital em 1965 e 1966. Seu indiciamento foi o resultado direto 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 Jaslavich, 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 subseqüentemente 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 diárias. 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 segundo dois fundamentos diferentes. Argumentaram que a ordem

\* Publicado originalmente em *The New York Review of Books*, 26 de outubro, 1978. © Ronald Dworkin.