

LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Ronald Dworkin

Tradução
NELSON BOEIRA

 **LEVANDO OS
DIREITOS A SÉRIO**
www.mandamentos.com.br
(31) 3213 2777-3213 4349
Rua Golfacases, 82 - Centro - BH - MG
Temos um advogado junto ao Pq. Nova Criciúba (16021)

Martins Fontes
São Paulo 2002

Índice

Esta obra foi publicada originalmente em inglês com o título
TAKING RIGHTS SERIOUSLY por Harvard University Press.
 Copyright © 1977, 1978 by Ronald Dworkin.
 Esta edição foi publicada por acordo com Harvard University Press.
 Copyright © 2002, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
 São Paulo, para a presente edição.

1ª edição
 agosto de 2002

Tradução
 NELSON BOEIRA

Revisão da tradução
 Silvana Vieira
 Revisão gráfica
 Ana Luiza França
 Célia Regina Camargo
 Maria Regina Ribeiro Machado
 Produção gráfica
 Geraldo Alves
 Paginação/Fotolitos
 Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
 (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Dworkin, Ronald
 Levando os direitos a sério / Ronald Dworkin ; tradução e notas
 Nelson Boeira. – São Paulo : Martins Fontes, 2002. – (Justiça e
 direito)

Título original: Taking rights seriously.

ISBN 85-336-1513-2

1. Direito – Filosofia 2. Direitos políticos 3. Jurisprudência 4. Po-
 sitivismo jurídico I. Título. II. Série.

02-3662

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos desta edição para o Brasil reservados à
 Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
 Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867
 e-mail: info@martinsfontes.com.br <http://www.martinsfontes.com.br>

Introdução	VII
1. Teoria do direito	1
2. O modelo de regras I.....	23
3. O modelo de regras II.....	73
4. Casos difíceis	127
5. Casos constitucionais	205
6. A justiça e os direitos	235
7. Levando os direitos a sério.....	283
8. A desobediência civil	315
9. A discriminação compensatória.....	343
10. Liberdade e moralismo.....	371
11. Liberdade e liberalismo.....	399
12. Que direitos temos?.....	409
13. Os direitos podem ser controversos?.....	429
Apêndice: Resposta aos críticos	447
Índice de nomes e assuntos	565

pressupostos. Em sua totalidade, portanto, a justiça como equidade lhes parece uma racionalização sutil do *status quo* político, que pode ser seguramente descartada por aqueles que quiseram fazer uma crítica mais radical da tradição liberal.

Se eu estiver certo, tal ponto de vista é descabido, e os que o adotam perdem uma rara oportunidade de submeter suas próprias concepções políticas a alguma forma de análise filosófica. O pressuposto mais básico de Rawls não é o de que os homens tenham direito a determinadas liberdades que Locke ou Mill consideravam importantes, mas que eles têm direito ao igual respeito e à igual consideração pelo projeto das instituições políticas. Esse pressuposto pode ser contestado de diversas maneiras. Será negado por aqueles que acreditam que alguma meta, como a utilidade, o triunfo de uma classe ou o florescimento de alguma concepção de como os homens devem viver, é mais fundamental do que qualquer direito individual, inclusive o direito à igualdade. Mas não pode ser negado em nome de qualquer conceito mais radical de igualdade, simplesmente porque esse conceito não existe.

Rawls é eloquente ao afirmar que esse direito fundamental à igualdade exige uma Constituição liberal, e sustenta uma forma idealizada das estruturas econômicas e sociais atuais. Afirma, por exemplo, que os homens na posição original protegeriam as liberdades básicas em nome de seu direito à igualdade, uma vez que se tenha alcançado um certo nível de conforto material, porque entenderiam que uma ameaça à autonomia, que as liberdades básicas protegem, constituiria então a mais séria ameaça ao igual respeito. Ele também argumenta que esses homens aceitariam o segundo princípio de preferência à igualdade material, porque entenderiam que se sacrificar por inveja de outro é uma forma de estar subordinado a ele. Sem dúvida, esses argumentos podem estar equivocados. Certamente, nada afirmei aqui em sua defesa. Mas os críticos do liberalismo têm agora a responsabilidade de mostrar que são equivocados. Não podem afirmar que as atitudes e os pressupostos básicos de Rawls se acham tão distantes dos seus próprios que não permitem um confronto.

Capítulo 7

Levando os direitos a sério

1. Os direitos dos cidadãos

A linguagem dos direitos atualmente domina o debate político nos Estados Unidos. O governo respeita os direitos morais e políticos de seus cidadãos? A política exterior do Governo, ou sua política racial, desobedece ostensivamente a esses direitos? As minorias cujos direitos foram violados têm, em contrapartida, o direito de violar a lei? A própria maioria silenciosa tem direitos, inclusive o direito a que os que violam a lei sejam punidos? Não é nenhuma surpresa que estas questões tenham adquirido grande importância atualmente. O conceito de direitos, e, particularmente, o conceito de direitos contra o governo*, tem seu uso mais natural quando uma sociedade política está dividida, e os apelos à cooperação ou a um objetivo comum são inúteis.

O debate não inclui a questão de saber se os cidadãos têm alguns direitos morais contra seu Governo. Parece haver um consenso geral de que os possuem. Juristas e políticos convencionais se orgulham de que nosso sistema jurídico reconheça, por

* Neste texto, a expressão "governo" traduz a palavra "government", que se refere ao conjunto dos três poderes (judiciário, legislativo e executivo) e instituições auxiliares que formam o Estado. Dworkin deseja sublinhar que se trata de direitos contra aquelas instâncias do Estado que fazem, interpretam e executam a lei. (N. do T.)

exemplo, os direitos individuais de liberdade de expressão, igualdade e processo legal regular. Fundamentam nesse fato, pelo menos em parte, a sua afirmação de que nosso sistema jurídico merece respeito, pois não se dispõem a afirmar que os sistemas totalitários merecem a mesma lealdade.

Alguns filósofos, é certo, rejeitam a idéia de que os cidadãos possuam direitos além daqueles que a lei lhes outorga. Para Bentham, a idéia de direitos morais era um “contra-senso em pernas de pau”. Mas esse ponto de vista nunca fez parte de nossa teoria política ortodoxa e os políticos de ambos os lados apelam aos direitos do povo para justificar grande parte do que desejam fazer. Neste ensaio, não me preocuparei em defender a tese de que os cidadãos têm direitos morais contra seus governos; ao contrário, pretendo explorar as implicações dessa tese para aqueles, inclusive o atual governo dos Estados Unidos, que afirmam aceitá-la.

Discute-se muito, sem dúvida, sobre que direitos *particulares* os cidadãos possuem. Será que o amplamente admitido direito à liberdade de expressão inclui, por exemplo, o direito de participar de manifestações que perturbam a ordem pública? Na prática, o governo terá a última palavra sobre quais são os direitos individuais, porque sua polícia fará o que suas autoridades e seus tribunais ordenarem. Mas isto não significa que o ponto de vista governamental seja necessariamente correto. Quem quer que pense assim está obrigado a acreditar que homens e mulheres só possuem os direitos morais sancionados pelo governo, o que significa que não possuem direitos morais de espécie alguma.

Nos Estados Unidos, tudo isso é às vezes obscurecido pelo sistema constitucional. A Constituição norte-americana garante um conjunto de direitos individuais jurídicos na Primeira Emenda, bem como nas cláusulas do processo legal regular, da igual proteção perante a lei e em outras similares. Nos termos da prática jurídica vigente, a Suprema Corte tem o poder de declarar nula uma lei do Congresso ou de uma legislatura estadual se considerar que tal lei entra em choque com tais disposições. Essa prática levou alguns comentaristas a supor que os direitos morais e individuais são totalmente protegidos por esse sistema, mas isso dificilmente é caso e nem poderia ser.

A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens. Esta fusão tem consequências importantes para os debates sobre a desobediência civil; já as descrevi em outra parte deste livro¹, e vou me referir a elas mais adiante. Mas isso deixa em aberto duas questões importantes. Não nos esclarece se a Constituição, mesmo corretamente interpretada, reconhece todos os direitos morais que os cidadãos têm, e não nos diz se, como muitos supõem, os cidadãos têm o dever de obedecer à lei mesmo quando esta infringe seus direitos morais.

Ambas as questões tornam-se cruciais quando alguma minoria reivindica direitos morais que o direito lhe nega, como o direito de administrar seu sistema escolar local, direito que, na opinião dos juristas, não é protegido pela Constituição. A segunda questão torna-se crucial quando, como ocorre atualmente, a maioria está suficientemente exaltada para que emendas constitucionais que eliminam direitos, como o direito contra a auto-incriminação, sejam seriamente propostas. É igualmente crucial em nações como o Reino Unido, que não possui uma Constituição com características comparáveis.

Sem dúvida, mesmo que a Constituição fosse perfeita e a maioria não se preocupasse com ela, disso não se seguiria que a Suprema Corte pudesse garantir os direitos individuais dos cidadãos. Uma decisão da Suprema Corte continua sendo uma decisão jurídica e deve levar em conta os precedentes e as considerações institucionais, como as relações entre a Corte e o Congresso, assim como a moralidade. E nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta. Os juízes representam diferentes posições quanto a questões controversas de direito e da moral e, como demonstraram os embates quanto às nomeações de Nixon para a Suprema Corte, um presidente tem a prerrogativa de designar juízes que compartilham suas convicções, desde que sejam honestos e capazes.

1. Ver capítulo 8.

Desse modo, embora o sistema constitucional acrescente alguma coisa à proteção dos direitos morais contra o governo, está longe de garantir esses direitos, ou mesmo de estabelecer quais são eles. Isso significa que, em determinadas ocasiões, uma outra instância que não o Legislativo terá a última palavra nestas questões, o que dificilmente poderá satisfazer alguém que considere que tal instância esteja profundamente equivocada.

Sem dúvida, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas. Quando os homens discordam sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista e alguma decisão deve prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale. Mas esse exemplo de sabedoria ortodoxa deve ser o início, e não o fim, de uma filosofia da legislação e da aplicação das leis. Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções. Tentarei demonstrar o que isso significa e como afeta os debates políticos atuais.

2. Os direitos e o direito de infringir a lei

Começarei pela questão mais calorosamente discutida. Existe alguma circunstância na qual um norte-americano tenha o direito moral de violar uma lei? Suponhamos que alguém admita que uma lei seja válida; ele terá, por isso, o dever de obedecê-la? Os que tentam responder a esta questão parecem dividir-se em dois campos. Os conservadores, como irei chamá-los, parecem desaprová-los qualquer ato de desobediência; parecem satisfeitos quando tais atos são processados e decapionados quando as condenações são revogadas. O outro grupo, o dos liberais, é muito mais flexível com certos casos de desobediência; em alguns casos eles desaprovam os processos e celebram as absolvições. Contudo, se olharmos além dessas reações emocionais e atentarmos para os argumentos utiliza-

dos pelas partes, descobriremos um fato estarrecedor. Os dois grupos oferecem, essencialmente, a mesma resposta à questão de princípio que supostamente os divide.

A resposta que ambas as partes oferecem é a seguinte. Em uma democracia, ou pelo menos em uma democracia que em princípio respeita os direitos individuais, todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer a todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas. Ele tem esse dever para com seus concidadãos que, para seu benefício, acatam leis de que não gostam. Mas este dever geral não pode ser um dever absoluto, porque mesmo uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado. Um homem deve honrar seus deveres para com Deus e sua consciência, e se estes entram em conflito com seu dever para com o Estado, compete a ele, em última análise, fazer o que julga ser correto. Contudo, se decidir que deve violar a lei, deve então submeter-se ao julgamento e à punição que o Estado impõe, em reconhecimento ao fato de que seu dever para com seus concidadãos foi suplantado, mas não eliminado, por suas obrigações morais ou religiosas.

Sem dúvida, essa resposta comum pode ser elaborada de modos bem diferentes. Alguns descreveriam o dever para com o Estado como sendo fundamental e representariam o dissidente como um fanático moral ou religioso. Outros descreveriam com desgosto o dever para com o Estado e representariam os que a ele se opõem como heróis morais. Mas essas são diferenças de tom, e a posição que descrevi representa, penso eu, o ponto de vista da maioria daqueles que, nos casos específicos, vêm-se argumentando tanto em favor como contra a desobediência civil.

Não alego que este seja o ponto de vista de todos. Deve haver aqueles que colocam tão alto o dever para com o Estado que reconhecem que esse dever não pode ser superado. Outros, sem dúvida, negam que o homem possa ter, em algum momento, o dever moral de obedecer à lei, ao menos nos Estados Unidos de hoje. Mas essas duas posições extremas são os ténues

limites da curvatura de um sino e todos os que se situam entre elas assumem a posição ortodoxa que descrevi – a de que as pessoas têm o dever de obedecer à lei, mas têm também o direito de seguir sua consciência sempre que esta entrar em conflito com tal dever.

Mas se é assim, então estamos diante de um paradoxo: as pessoas que dão a mesma resposta a uma questão de princípio parecem divergir profundamente e dividir-se encarniçadamente nos casos particulares. O paradoxo aprofunda-se ainda mais, porque cada parte, ao menos em alguns casos, assume uma posição que parece francamente inconsistente com a posição teórica que ambas aceitam. Tal posição tem sido submetida a teste quando, por exemplo, alguém escapa ao recrutamento militar por razões de consciência, ou encoraja outros a cometer o mesmo crime. Os conservadores tem argumentado que tais homens devem ser processados, mesmo sendo sinceros. Por que devem ser processados? Porque a sociedade não pode tolerar a falta de respeito pela lei que tais atitudes expressam e encorajam. Em resumo, eles devem ser processados para que eles e outros como eles sejam desencorajados de fazer o que fizeram.

Mas aqui parece haver uma contradição monstruosa. Se uma pessoa tem o direito de fazer o que sua consciência lhe ordena, como justificar que o Estado a desencoraje de agir assim? O Estado não estaria sendo iníquo ao proibir e punir aquilo que as pessoas têm o direito de fazer?

Além disso, não são apenas os conservadores que afirmam que os que violam a lei por convicção moral deveriam ser processados. O liberal é notoriamente contrário a que se permita que os funcionários das escolas racistas retardem a dessegregação, mesmo reconhecendo que estes funcionários pensam ter o direito moral de fazer o que a lei proíbe. É verdade que o liberal raramente argumenta que as leis de dessegregação devam ser aplicadas para encorajar o respeito geral pela lei. Em vez disso, afirma que elas devem ser aplicadas porque são justas. Mas sua posição também parece inconsistente: seria justo processar uma pessoa por fazer o que sua consciência lhe exige, quando lhe reconhecemos o direito de seguir sua consciência?

Assim, nós nos vemos diante de duas perplexidades. Como é possível que duas posições, que se consideram em profundo desacordo com respeito a uma questão de princípio, adotem o mesmo ponto de vista sobre essa matéria? Como é possível que cada uma das partes insista em soluções para determinados problemas que parecem contradizer literalmente a posição de princípio aceita por ambas? Uma resposta possível é que alguns (ou todos) dos que aceitam a posição comum são hipócritas, apoiando da boca para fora direitos de consciência que na verdade não admitem.

Há alguma plausibilidade nesta acusação. Uma espécie de hipocrisia deve ter estado em jogo quando funcionários públicos que afirmam respeitar a consciência negaram a Muhammad Ali o direito de lutar em seus Estados. Se, apesar de seus escrúpulos religiosos, Ali tivesse ido para o Exército, teria obtido permissão para lutar mesmo que, com base nos princípios que estes funcionários afirmam honrar, ao fazê-lo tivesse se tornado um ser humano pior. Mas há poucos casos que parecem tão simples como este, e mesmo aqui os funcionários não pareceram reconhecer a contradição entre seus atos e seus princípios. Desse modo, precisamos procurar alguma explicação que vá além do fato de que os homens freqüentemente não pretendem dizer aquilo que dizem.

A explicação mais profunda encontra-se em uma série de confusões que freqüentemente embaralham os argumentos sobre os direitos. Estas confusões obscureceram todas as questões que mencionei inicialmente e neutralizaram as tentativas de desenvolver uma teoria coerente sobre como deve comportar-se um governo que respeite direitos.

Para explicar esse ponto, devo chamar a atenção para o fato familiar aos filósofos, mas freqüentemente ignorado no debate político, de que a palavra “direito” (*right*) tem força diferente em diferentes contextos. Na maioria dos casos, quando dizemos que alguém tem o “direito” de fazer alguma coisa, subentendemos que seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência. Uso esse sentido forte da palavra “direito” quando afirmo que o leitor tem o direito de gas-

tar seu dinheiro no jogo, se assim o desejar, embora devesse gastá-lo de maneira mais meritória. Quero dizer que seria errado interferir, mesmo quando você se propõe a gastar seu dinheiro de um modo que considero errado.

Há uma clara diferença entre dizer que uma pessoa tem o direito de fazer algo neste sentido e dizer que isto é que é a coisa "certa" a ser feita, ou que ela nada faz de "errado" ao agir dessa maneira. Alguém pode ter o direito de fazer algo que seja a coisa errada a fazer, como no caso do jogo. Inversamente, algo pode ser a coisa certa a fazer e a pessoa pode, mesmo assim, não ter o direito de fazê-la, no sentido de que não seria errado que alguém interferisse na sua tentativa. Se nosso exército captura um soldado inimigo, poderíamos dizer que o certo para ele é tentar fugir, mas isso não quer dizer que estaríamos errados se tentássemos impedir-lhe a fuga. Podemos admirá-lo por tentar escapar e, talvez, até menosprezá-lo se não agir assim. Mas não se sugere aqui que tentar barrar-lhe o caminho é errado. Pelo contrário, se pensamos que a nossa causa é justa, consideramos que é certo fazermos tudo o que estiver ao nosso alcance para detê-lo.

Em geral essa distinção, entre as questões relativas a saber se um homem tem o direito de fazer alguma coisa e se isso é a coisa certa a fazer, não traz problemas. Mas às vezes traz, quando dizemos que um homem tem direito de fazer algo, embora queiramos apenas negar que seja errado que a pessoa o faça. Assim, dizemos que o soldado capturado tem o "direito" de tentar fugir, quando queremos dizer, não que seja errado que tentemos detê-lo, mas que ele não tem o dever de não tentar. Usamos a palavra "direito" neste sentido quando falamos que alguém tem o "direito" de agir de acordo com seus próprios princípios ou o "direito" de seguir sua própria consciência. Queremos dizer que ele nada faz de errado ao proceder de acordo com suas convicções sinceras, ainda que discordemos dessas convicções, e mesmo se, por razões políticas ou de outra natureza, devamos forçá-la a agir contrariamente a elas.

Suponhamos que um homem acredite que os pagamentos da Previdência Social para os pobres sejam profundamente er-

rados porque minam a capacidade de iniciativa e que, por este motivo, a cada ano declare a totalidade de seus rendimentos para o imposto de renda, mas se recuse a pagar a metade do imposto devido. Poderíamos dizer que, se assim lhe parecer melhor, ela tem o direito de recusar-se a pagar, mas que o governo tem o direito de agir contra ela para que pague o imposto integral, e de multá-la ou prendê-la por atraso de pagamento, se isso for necessário para manter o sistema de coleta de impostos funcionando eficientemente. Na maioria dos casos não assumimos essa postura; não afirmamos que o ladrão comum tem o direito de roubar, se quiser, contanto que cumpra a sua pena. Dizemos que um homem só tem o direito de violar a lei, muito embora o Estado tenha o direito de puni-lo, quando pensamos que, em razão de suas convicções, ele não erra ao agir assim².

Estas distinções nos permitem perceber uma ambigüidade na questão ortodoxa: existe alguma circunstância na qual um homem tenha direito de violar a lei? Esta indagação equivale a perguntar se ele tem direito de violar a lei no sentido forte e se o governo erraria ao detê-lo, prendendo-o ou processando-o? Ou equivale a perguntar se ele sempre faz a coisa certa ao infringir a lei, de modo que todos nós deveríamos respeitá-lo, mesmo se o governo tivesse a obrigação de prendê-lo?

Se considerarmos a posição ortodoxa como resposta à primeira – e mais importante – pergunta, começam a surgir os paradoxos por mim descritos. Mas se a considerarmos como resposta à segunda, isso não acontece. Os conservadores e os liberais concordam que às vezes um homem não comete um erro ao violar a lei, quando sua consciência assim exige. Quando

2. Não surpreende que às vezes usemos o conceito de "ter um direito" (*having a right*) para dizer que os outros não devem interferir numa ação, e às vezes para dizer que não é um erro praticar tal ação. Frequentemente, quando alguém não tem o direito de fazer alguma coisa, como atacar fisicamente outra pessoa, é *ao mesmo tempo* verdade que é errado fazê-lo e que outros estão autorizados a impedir a consumação do ato, por bem ou pelo uso da força. É natural, portanto, dizer que alguém tem um direito quando queremos negar uma dessas consequências, bem como quando queremos negar ambas.

divergem, é a respeito de saber qual deveria ser a reação do Estado. Ambas as partes acham que, às vezes, o Estado deveria processá-lo. Mas isto não é incompatível com a afirmação de que o homem processado agiu corretamente ao infringir a lei.

Os paradoxos parecem genuínos porque as duas questões usualmente não são distinguidas e a posição ortodoxa é apreendida como uma solução geral para o problema da desobediência civil. Mas, uma vez feita a distinção, fica claro que a posição foi tão amplamente aceita apenas porque, quando aplicada, é tratada como uma resposta à segunda questão, mas não à primeira. A distinção crucial é obscurecida pela idéia problemática de um direito à consciência; esta idéia tem estado no centro da maioria das discussões recentes sobre a obrigação política, mas é uma pista falsa que nos afasta das questões políticas cruciais. O estado de consciência de um homem pode ser decisivo, ou central, quando a questão é saber se ele fez algo de moralmente errado ao violar a lei; mas não precisa ser decisivo, nem mesmo central, quando a questão é saber se ele tem o direito, no sentido forte do termo, de agir assim. Nesse sentido, um homem não tem o direito de fazer nenhuma coisa que sua consciência exija, mas pode ter o direito, nesse sentido, de fazer alguma coisa mesmo que sua consciência não lhe exija isso.

Se isto é verdade, então não tem havido quase nenhuma tentativa séria de responder às perguntas que quase todos querem fazer. Podemos recomendar, colocando essas questões de maneira mais clara. Um norte-americano tem o direito, no sentido forte, de fazer algo que vá contra a lei? Se tem, quando pode fazê-lo? Para responder a estas questões, colocadas dessa maneira, precisamos tentar ser mais claros sobre as implicações da idéia, mencionada anteriormente, de que os cidadãos têm ao menos alguns direitos contra seus governos.

Afirmar que nos Estados Unidos pressupõe-se que os cidadãos têm certos direitos fundamentais contra seu governo, certos direitos morais transformados em direitos jurídicos pela Constituição. Se essa idéia tem sentido e merece ser motivo de orgulho, esses direitos devem ser direitos no sentido forte que

acabei de escrever. A afirmação de que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão deve implicar que seria errado, por parte do governo, impedi-los de se expressarem, mesmo acrescentando que o que vão dizer causará mais mal do que bem. A afirmação não pode significar, com base na analogia do prisioneiro de guerra, apenas que os cidadãos nada fazem de errado ao dizer o que pensam, embora o governo se reserve o direito de impedir que o digam.

Este é o ponto crucial e desejo elaborá-lo. Sem dúvida, um governo responsável deve estar pronto para justificar o que quer que faça, particularmente quando isso restringe a liberdade de seus cidadãos. Em geral, porém, é uma justificação suficiente, mesmo para um ato que limita a liberdade, que esse ato seja calculado de modo que aumente aquilo que os filósofos chamam de utilidade geral – ou seja, calculado de modo que, no cômputo geral, produza mais benefícios que danos. Assim, embora o governo da cidade de Nova York necessite de uma justificativa para proibir que os motoristas dirijam pela Lexington Avenue acima, está suficientemente justificado se os funcionários competentes acreditarem, a partir de comprovação substantiva, que as vantagens para a maioria irão superar os inconvenientes para uns poucos. Contudo, quando se diz que cidadãos individuais têm direitos contra o governo, como o direito à liberdade de expressão, tal afirmação deve significar que esse tipo de justificativa não é suficiente. Caso contrário, a alegação não se sustentaria no argumento de que os indivíduos têm proteção especial contra a lei quando seus direitos estão em jogo, mas é esse precisamente o cerne da alegação.

Nem todos os direitos jurídicos, ou mesmo os direitos constitucionais, representam direitos morais contra o governo. Tenho hoje o direito jurídico de dirigir em mão dupla na Rua 57, mas o governo não erraria se a transformasse em rua de mão única por pensar que, assim procedendo, estaria favorecendo o interesse geral. Tenho o direito constitucional de votar em um congressista a cada dois anos, mas os governos estadual e federal não estariam agindo erroneamente se, respeitando os procedimentos para emendar a lei, criassem um mandato

de deputados de quatro anos, em vez de dois, sempre a partir do pressuposto de que isso favoreceria o bem geral.

Supõe-se, porém, que os direitos constitucionais que chamamos de fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Esta é a razão pela qual nos orgulhamos de que nosso sistema jurídico respeita os direitos fundamentais do cidadão. Se os cidadãos têm um direito moral à liberdade de expressão, o governo cometeria um erro ao revogar a Primeira Emenda, que o garante, mesmo que estivesse convencido de que a maioria ficaria em melhor situação se esse direito fosse restringido.

Não devo exagerar este ponto. Alguém que sustente que os cidadãos têm um direito contra o governo não precisa chegar ao ponto de afirmar que o Estado *nunca* está justificado a não dar o devido peso a tal direito. Poderia dizer, por exemplo, que embora os cidadãos tenham direito à liberdade de expressão, o governo pode ignorar esse direito quando necessário para proteger os direitos de outros, ou para evitar uma catástrofe, ou mesmo para obter um benefício público mais evidente e importante (ainda que, ao reconhecer este último como uma justificação possível, ele não estaria tratando o direito em questão como um dos mais importantes ou fundamentais). O que ele não pode fazer é dizer que o governo está justificado ao desconsiderar um direito com base em razões de pouco peso, que seriam suficientes se nenhum direito desse tipo existisse. Ele não pode afirmar que o governo está autorizado a agir baseando-se simplesmente no juízo de que seu ato provavelmente produzirá, no cômputo geral, um benefício para a comunidade. Essa suposição tornaria despropositada sua pretensão a um direito, e revelaria que ele usa a palavra “direito” em outro sentido que não o forte, necessário para conferir à sua alegação a importância política que normalmente se imagina que tenha.

Mas então as respostas às nossas duas questões sobre a desobediência parecem simples, embora heterodoxas. Em nossa sociedade, às vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer à lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invade seus direitos contra o governo. Se ele ti-

ver um direito moral à liberdade de expressão, terá então o direito moral de infringir qualquer lei que o governo, em virtude daquele seu direito, não tenha autoridade para adotar. O direito de desobedecer à lei não é um direito isolado, que tem algo a ver com a consciência, mas uma adição a outros direitos contra o governo. É simplesmente uma característica desses direitos contra o governo e em princípio não podemos negá-lo, sem que também neguemos a existência desses direitos.

Estas respostas parecem óbvias quando consideramos os direitos contra o governo como direitos no sentido forte que descrevi. Se tenho o direito de expressar minhas idéias sobre questões políticas, o governo erra ao considerar ilegal que eu assim proceda, mesmo que pense que sua ação é no interesse geral. Se, além disso, o governo torna meu ato ilegal, comete um novo erro ao acionar a lei contra mim. Meu direito contra o governo significa que é um erro da parte do governo impedir-me de falar. O governo não pode tornar correta essa obstrução do meu direito simplesmente com base na primeira dessas considerações.

Sem dúvida isso não nos diz quais são exatamente os direitos que as pessoas têm contra o governo. Não nos diz se o direito à liberdade de expressão inclui o direito à manifestação. Mas nos diz que a aprovação de uma lei não pode afetar os direitos que os homens de fato possuem, e isso é de importância crucial, pois dita a atitude que um indivíduo está autorizado a tomar, quanto à sua decisão pessoal, quando o que está em jogo é a desobediência civil.

Tanto os conservadores quanto os liberais pressupõem que, em uma sociedade que é em geral decente, todos têm o dever de obedecer à lei, seja ela qual for. Esta é a origem da cláusula do “dever geral” na posição ortodoxa. Ainda que os liberais acreditem que esse dever possa às vezes ser posto em segundo plano, eles próprios pressupõem, como sustenta a posição ortodoxa, que o dever de obediência permanece de alguma forma submerso, de modo que um homem age corretamente ao aceitar punição em nome desse dever. Mas esse dever geral é quase incoerente em uma sociedade que reconhece direitos.

Se um homem acredita que tem o direito à manifestação, então deve acreditar que o governo erraria ao impedir o exercício desse direito, com ou sem o respaldo de uma lei. Se ele está autorizado a acreditar nisso, é tolice falar de um dever de obedecer à lei enquanto tal, ou de um dever de aceitar uma punição que o Estado não tem o direito de aplicar.

Os conservadores criticarão a rapidez com que analisei seu ponto de vista. Argumentarão que, mesmo que o governo não aja bem ao adotar uma determinada lei, como aquela que restringe a liberdade de expressão, há razões independentes que explicam por que o governo está justificado ao fazer cumprir a lei, uma vez que ela tenha sido adotada. Quando a lei proíbe uma manifestação, dizem eles, é porque está em jogo algum princípio mais importante do que o direito individual à liberdade de expressão, a saber, o princípio do respeito à lei. Se uma lei, ainda que má, não é aplicada, o respeito pelo direito vê-se enfraquecido e a sociedade como um todo sofre. Portanto um indivíduo perde o direito moral de falar quando a livre expressão de suas idéias se torna ilegal, e o governo deve, para o bem comum e para o benefício geral, aplicar a lei contra ele.

Mas este argumento, embora popular, só é plausível se nos esquecermos do que significa dizer que um indivíduo tem um direito contra o Estado. Está longe de ser evidente que a desobediência civil diminui o respeito pela lei, mas, mesmo pressupondo que diminui, o fato é irrelevante. A perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer. Os supostos ganhos resultantes do respeito à lei são meros ganhos utilitaristas. Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes. Assim, o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos, mesmo quando o benefício em questão for um elevado respeito pela lei.

Talvez eu me engane ao pressupor que o argumento sobre o respeito à lei seja apenas um apelo à utilidade geral. Afirmar

que um Estado pode ter justificativas para desconsiderar ou limitar os direitos com base em outros fundamentos. Devemos, pois, nos perguntar, antes de rejeitar a posição conservadora, se algum desses fundamentos se aplica. Dentre esses outros fundamentos, o mais importante – e menos bem compreendido – é o que invoca a noção de *direitos concorrentes* que seriam ameaçados caso o direito em questão não fosse limitado. Os cidadãos têm direitos pessoais à proteção do Estado, assim como direitos pessoais a estar livres da interferência estatal, e pode ser que o governo tenha de escolher entre esses dois tipos de direitos. A lei sobre a difamação, por exemplo, restringe o direito pessoal de dizer o que se pensa, pois exige que as afirmações de um homem sejam bem fundamentadas. Mas esta lei justifica-se, mesmo para aqueles que consideram que ela viola um direito pessoal, pelo fato de proteger o direito de outros a não terem a reputação arruinada por uma afirmação descuidada.

É dessa maneira que os direitos individuais reconhecidos por nossa sociedade entram frequentemente em conflito, e, quando isso acontece, compete ao governo distingui-los. Se o governo fizer a escolha certa e proteger o mais importante em detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito; isso aconteceria caso ele tivesse fracassado na proteção do mais importante dos dois. Assim, devemos reconhecer que o governo tem uma razão para restringir direitos se, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos concorrentes é o mais importante.

O conservador pode apegar-se a esse fato? Ele poderia afirmar que errei ao caracterizar seu argumento como um apelo ao benefício geral, porque, ao contrário, ele apela para os direitos concorrentes, sobretudo para o direito moral da maioria de ter suas leis aplicadas, ou ao direito da sociedade de manter o grau de ordem e segurança que deseja. Estes são os direitos, diria o conservador, que devem ser comparados com o direito individual de fazer o que a lei moralmente errada proíbe.

Mas este novo argumento é confuso, pois depende de uma outra ambigüidade da linguagem dos direitos. É verdade que falamos do “direito” da sociedade de fazer o que quer, mas este

não pode ser um “direito concorrente”, do tipo que justificaria a violação de um direito contra o governo. A existência dos direitos contra o governo seria colocada em risco se o governo fosse capaz de colocar em segundo plano tal direito, ao apelar para o direito de uma maioria democrática de fazer valer sua vontade. Um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considerava errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada em razão disso. Mas se afirmamos que a sociedade tem o direito de fazer o que quer que seja para o benefício geral, ou ainda o direito de preservar qualquer tipo de ambiente no qual a maioria aspire viver – e se com tais afirmações queremos dizer que esses são os tipos de direitos que justificam a desconsideração de quaisquer direitos contra o governo que possam vir a gerar conflitos – então teremos aniquilado esses últimos direitos.

Para preservá-los, precisamos reconhecer como direitos concorrentes apenas aqueles pertencentes a outros membros da sociedade, tomados enquanto indivíduos. Precisamos diferenciar entre os “direitos” da maioria enquanto tal, que não podem valer como justificção para invalidar os direitos individuais, e os direitos pessoais de uma maioria, que podem ser levados em conta. O teste que devemos aplicar é o seguinte. Uma pessoa possui um direito concorrente à proteção, que deve ser contraposto a um direito individual de agir, se ela estiver, por si mesma, enquanto indivíduo, autorizada a exigir a proteção de seu governo para o seu direito, sem que se leve em consideração se a maioria de seus concidadãos partilha da mesma reivindicação.

Nos termos desse teste, não pode ser verdadeiro que uma pessoa tenha o direito de ver aplicadas todas as leis do país. Ela tem somente o direito de ver aplicadas aquelas leis penais que, por exemplo, ela tem o direito de ver promulgadas, caso ainda não sejam leis. As leis contra a agressão podem muito bem fazer parte desta categoria. Se os membros fisicamente vulneráveis da comunidade – aqueles que precisam da proteção policial contra a violência dirigida contra os indivíduos – fossem apenas uma pequena minoria, ainda assim seria plausí-

vel afirmar que eles têm direito a tal proteção. Mas não se pode pensar que as leis que asseguram um certo grau de tranquilidade de nos lugares públicos ou as que autorizam e financiam uma guerra contra outro país, tenham por base os direitos individuais. A tímida senhora nas ruas de Chicago não tem direito ao grau de tranquilidade que hoje prevalece, nem tem o direito a que os jovens sejam recrutados para lutar em guerras que ela aprova. Existem leis – talvez leis desejáveis – que lhe dão essas vantagens, mas a justificação dessas leis, se é que elas podem ser justificadas, é o desejo comum de uma vasta maioria, e não o direito pessoal dela. Portanto, se essas leis realmente restringem o direito moral de alguém protestar, ou seu direito à segurança pessoal, aquela senhora não pode pressionar em favor de um direito concorrente que justifique tal restrição. Ela não tem um direito pessoal de que tais leis sejam aprovadas nem um direito concorrente de que elas sejam implementadas.

Assim, o conservador não pode levar adiante seu argumento com base nos direitos concorrentes, mas talvez ele queira recorrer a um outro tipo de fundamento. Um governo, poderia ele argumentar, pode ter razão em restringir os direitos pessoais dos cidadãos numa situação de emergência, ou quando uma grande perda puder ser evitada, ou talvez quando algum benefício de grande importância puder ser realmente assegurado. Se a nação estiver em guerra, uma política de censura pode justificar-se mesmo que infrinja o direito de dizer o que se pensa em questões politicamente controversas. A emergência, porém, deve ser genuína. Deve existir aquilo que Oliver Wendell Holmes descreveu como um perigo claro e iminente, e esse perigo deve ser de vulto.

Pode o conservador argumentar que quando qualquer lei é aprovada, mesmo se equivocada, seu cumprimento pode ser justificado desse modo? Seu argumento poderia ser algo do seguinte tipo: se alguma vez o governo reconhecer que pode ter errado – que o poder legislativo pode ter adotado, o executivo aprovado e os tribunais validado uma lei que de fato restringe direitos importantes – então essa admissão não levará

simplesmente a um declínio marginal do respeito à lei, mas a uma crise de ordem. Os cidadãos podem optar por obedecer somente àquelas leis que eles pessoalmente aprovam e isso é anarquia. Desse modo, o governo deve insistir em que, sejam quais forem os direitos dos cidadãos antes de uma lei ser votada e aceita pelos tribunais, a partir daí tais direitos passarão a ser determinados por essa lei.

Esse argumento, porém, ignora a distinção primitiva entre o que pode acontecer e o que irá acontecer. Se permitirmos que a especulação fundamente a justificação de uma emergência ou de uma vantagem definitiva, mais uma vez teremos aniquilado os direitos. Como disse Learned Hand*, devemos desconectar a gravidade do mal que nos ameaça da probabilidade de sua concretização. Não conheço nenhuma prova genuína de que a tolerância de uma certa desobediência civil, por respeito à posição moral de seus praticantes, contribua para aumentar essa desobediência, e muito menos o crime em geral. O argumento de que contribui para aumentá-la está baseado em vagos pressupostos relativos ao contágio dos crimes comuns, pressupostos que carecem de comprovação e que, de qualquer modo, são em grande parte irrelevantes. Parece igualmente plausível afirmar que a tolerância aumentará o respeito pelas autoridades e pelo conjunto das leis que elas promulgam ou que pelo menos retardará a taxa de crescente desrespeito.

Se a questão fosse simplesmente saber se a comunidade ficaria marginalmente melhor com a aplicação estrita da lei, então o governo teria que decidir isso com base nas evidências disponíveis; poderia ser razoável decidir que sim, pesados os ganhos e as perdas. Mas, uma vez que os direitos estão em jogo, a questão que se coloca é muito diferente: diz respeito a saber se a tolerância destruiria a comunidade ou a ameaçaria com

* Learned Hand (*Mão Sábia*), respeitado juiz da United States Court of Appeals, em Manhattan, com que Dworkin trabalhou durante um ano como assistente, logo após graduar-se em direito. Sobre a figura e as idéias jurídicas de Learned Hand, ver Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, pp. 332-47. (N. do T.)

grandes danos. A mim parece simplesmente insensato pressupor que as evidências disponíveis tornem isso provável, ou mesmo concebível.

O argumento da emergência também se revela confuso sob outro ponto de vista. Ele pressupõe que o governo deve assumir ou a posição de que um homem nunca tem o direito de violar a lei, ou a de que sempre tem esse direito. Disse anteriormente que qualquer sociedade que afirme reconhecer os direitos deve abandonar a idéia de um dever geral de obedecer à lei, com vigência em todos os casos. Isso é importante, pois mostra que existem fórmulas simplificadas para atender às reivindicações de direitos por parte de um cidadão. Se um cidadão argumenta que tem o direito moral de não prestar serviço militar, ou de protestar de um modo que considera eficiente, uma autoridade que queira lhe responder e não simplesmente obrigá-lo com ameaças a obedecer, deve responder ao argumento particular que ele apresenta, e não pode apoiar-se na lei de recrutamento ou em uma decisão da Suprema Corte como se essas fossem dotadas de peso especial, para não dizer dirimente. Às vezes, uma autoridade que, de boa-fé, examina os argumentos morais do cidadão se persuadirá de que a reivindicação é plausível, ou mesmo correta. Daí não se segue, porém, que essa autoridade será sempre persuadida ou que deva sempre persuadir-se.

Devo enfatizar que todas essas proposições remetem ao sentido forte da palavra "direito" e que por isso deixam em aberto importantes questões a respeito do que é certo fazer. Se um homem acredita que tem o direito de violar a lei, deve então perguntar se faz a coisa certa ao exercer esse direito. Ele deve lembrar-se de que indivíduos sensatos podem divergir sobre o fato de ele ter ou não um direito contra o governo e, consequentemente, o direito que imagina ter de violar a lei. Em resumo, não deve perder de vista o fato de que indivíduos sensatos podem opor-se a ele de boa-fé. Ele deve levar em conta as diversas consequências que seus atos terão, se envolverem violência, e outras considerações similares que o contexto pode tornar relevantes. Não deve ir além dos direitos que, de boa-fé, ele pode reivindicar e não deve incluir atos que violem os direitos alheios.

Por outro lado, se alguma autoridade, como um promotor público, acredita que o cidadão *não* tem o direito de infringir a lei, então ela deve perguntar-se se faz a coisa certa ao aplicá-la. No capítulo 8, argumento que certas características de nosso sistema jurídico, e em particular a fusão de problemas morais e jurídicos em nossa Constituição, significam que os cidadãos freqüentemente fazem o que é certo ao exercer o que consideram ser direitos morais de infringir a lei, e que os promotores freqüentemente fazem o que é certo ao deixar de processá-los por isso. Não pretendo antecipar esses argumentos aqui; em vez disso, quero perguntar se a exigência de que o governo leve os direitos de seus cidadãos a sério tem alguma relação com a questão crucial a respeito de quais são esses direitos.

3. *Direitos controversos*

Até este ponto, a argumentação tem sido hipotética: se um homem tem um direito moral específico contra o governo, esse direito sobrevive à legislação e às decisões judiciais em contrário. Mas isso não nos diz que direitos eles têm e é notório que indivíduos sensatos discordam a esse respeito. Há ampla concordância quanto a certos casos cristalinos. Quase todos os que acreditam nos direitos admitiriam, por exemplo, que um homem tem o direito moral de expressar suas idéias, de modo não provocativo, sobre questões relativas à política e que esse é um direito importante que o Estado deve empenhar-se ao máximo em proteger. Mas há grande controvérsia quanto aos limites de tais direitos paradigmáticos. Exemplo disso é a chamada lei "contra distúrbios públicos", envolvida no célebre processo contra Os Sete de Chicago, na década de 60*.

* Para uma boa apresentação de conflitos sociais, mudanças culturais, transformações políticas, problemas raciais, etc. que formam o pano de fundo histórico que está na origem da maior parte das controvérsias jurídicas examinadas por Dworkin neste livro, ver Charles Morris, *A Time of Passion*, America 1960-1980, Penguin, 1986. (N. do T.)

Os réus eram acusados de conspirar para cruzar as fronteiras estaduais com a intenção de provocar distúrbios públicos. Esta acusação é vaga – talvez inconstitucionalmente vaga –, mas aparentemente a lei define como crimes os discursos emocionais que defendem que a violência é justificada quando tem por objetivo garantir a igualdade política. O direito à liberdade de expressão protege esse tipo de discurso? Esta é, sem dúvida, uma questão jurídica, porque invoca a cláusula de liberdade de expressão da Primeira Emenda da Constituição. Mas é também uma questão moral, porque, como afirmei, devemos tratar a Primeira Emenda como uma tentativa de proteger um direito moral. Faz parte da tarefa do governo "definir" direitos morais através de leis e decisões judiciais, ou seja, declarar de forma oficial em que medida a lei incorporará os direitos morais. O Congresso viu-se diante dessa tarefa ao votar a lei contra os distúrbios públicos e a Suprema Corte a enfrentou em incontáveis casos. Como deveriam as diferentes instâncias do governo proceder quanto à definição dos direitos morais?

Devem começar com o entendimento que seja lá o que decidam, podem estar erradas. A história e seus descendentes podem julgar que elas agiram injustamente quando pensavam estar agindo certo. Se levarem seu dever a sério, devem tentar limitar seus erros e, portanto, tentar descobrir onde reside o perigo de enganar-se.

Com esse objetivo em mente, poderiam escolher um de dois diferentes modelos. O primeiro recomenda que se busque o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e as exigências da sociedade como um todo. Se o Governo *infringir* um direito moral (por exemplo, ao definir o direito à liberdade de expressão de forma mais restrita do que o exigido pela justiça), terá cometido um erro contra o indivíduo. Por outro lado, se o governo *inflar* um direito (definindo-o mais amplamente do que o exigido pela justiça), estará privando a sociedade de algum benefício geral, como o da segurança nas ruas, pois não há razão para negar-lhe isso. Assim, um engano em uma direção é tão sério quanto um engano em outra. O governo deve buscar o meio-termo: equilibrar o bem-estar geral e os direitos individuais, concedendo a cada um o que lhe é devido.

Quando o governo, ou qualquer de seus ramos, define um direito, deve ter em mente, de acordo com o primeiro modelo, o custo social de diferentes propostas e fazer os ajustes necessários. Não deve, por exemplo, conceder às manifestações ruindosas a mesma liberdade que concede ao debate político equilibrado, porque as primeiras causam muito mais confusão. Uma vez que decida em que medida irá reconhecer um direito, deve aplicar integralmente a sua decisão. Isso significa permitir que o indivíduo aja dentro dos limites de seus direitos, do modo como os definiu o governo, mas que não os extrapole, de maneira que se uma pessoa infringir a lei, mesmo por razões de consciência, deve ser punida. Sem dúvida qualquer governo cometerá erros e lamentará algumas das decisões que tomou. Isso é inevitável, mas essa política de meio-termo irá assegurar, a longo prazo, que os erros em uma direção compensarão os erros em outra direção.

Assim descrito, o primeiro modelo é extremamente plausível, e acreditado que, em sua maioria, tanto os leigos quanto os juristas irão reagir a ele calorosamente. A metáfora de equilibrar o interesse público com as exigências pessoais encontra-se estabelecida em nossa retórica política e jurídica, e esta metáfora torna o modelo simultaneamente familiar e atraente. Não obstante, o primeiro modelo é falso, certamente no caso dos direitos geralmente tidos como importantes, e a metáfora é o cerne de seu erro.

A instituição dos direitos contra o governo não é um pre-sente de Deus, um antigo ritual ou um esporte nacional. É uma prática complexa e problemática que torna mais difícil e mais cara a tarefa governamental de assegurar o bem-estar geral. Ela seria uma prática frívola e enganosa, caso não servisse a algum objetivo. Quem quer que professe levar os direitos a sério e que elogie nosso governo por respeitá-los, deve ter alguma idéia do que seja esse objetivo. Deve aceitar, no mínimo, uma ou duas idéias importantes. A primeira é a idéia vaga, mas poderosa, da dignidade humana. Essa idéia, associada a Kant, mas defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis

veis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto.

A segunda é a idéia, mais familiar, da igualdade política. Esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade. Não pretendo defender ou desenvolver essas idéias aqui, mas apenas insistir que todo aquele que alega que os cidadãos têm direitos deve aceitar idéias muito próximas a essas³.

Faz sentido dizer que um homem tem um direito fundamental contra o governo, no sentido forte, como a liberdade de expressão, se esse direito for necessário para proteger sua dignidade ou sua posição enquanto detentor da mesma consideração e do mesmo respeito, ou de qualquer outro valor pessoal da mesma importância. É somente nesses termos que essa afirmação tem sentido.

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional

3. Tal pessoa não precisa considerar essas idéias como axiomáticas. Ou seja, pode ter razões para insistir que a dignidade ou a igualdade são valores importantes e essas razões podem ser utilitárias. Pode acreditar, por exemplo, que o bem comum só será alcançado, a longo prazo, se tratarmos a indignidade ou a desigualdade como injustiças muito graves e jamais permitirmos que nossas opiniões sobre o bem geral venham a justificá-las. Não conheço bons argumentos favoráveis ou contrários a esse tipo de utilitarismo "institucional", mas ele é compatível com o que afirmo, de vez que argumenta que devemos tratar as violações da dignidade e da igualdade como crimes morais especiais, que estão além do alcance da justificativa utilitarista comum.

cional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência. Mas se é assim, deve ser errado afirmar que a inflação dos direitos é tão grave quanto sua violação. Se o governo erra do lado do indivíduo, simplesmente paga um pouco mais em eficiência social do que deveria pagar; em outras palavras, paga um pouco mais da mesma moeda que já tinha decidido gastar. Se, no entanto, o governo erra contra o indivíduo, infringe-lhe um insulto que, para ser evitado, envolveria um custo ainda maior em termos de eficiência social, de acordo com as ponderações do próprio governo.

O primeiro modelo é, portanto, indefensável. De fato, baseia-se em um engano que discuti anteriormente, a saber, a confusão entre direitos da sociedade e direitos dos membros da sociedade. O “equilíbrio” é apropriado quando o governo deve escolher entre reivindicações de direitos concorrentes – por exemplo, entre a reivindicação dos sulistas pela liberdade de associação e a reivindicação dos negros por condições iguais de educação. Nesse caso, o governo nada pode fazer além de avaliar os méritos das pretensões concorrentes e agir com base nessa avaliação. O primeiro modelo pressupõe que “o direito” da maioria seja um direito concorrente, que deve ser equilibrado dessa maneira; mas, como já afirmei, isto é uma confusão que ameaça destruir o conceito de direitos individuais. Vale a pena observar que a comunidade rejeita o primeiro modelo no plano em que se localizam os maiores interesses do indivíduo: o processo penal. Dizemos que é melhor dar liberdade a um grande número de culpados do que punir um inocente e essa homilia assenta-se numa preferência pelo segundo modelo de governo.

O segundo modelo considera a restrição de um direito como algo muito mais grave do que sua inflação, e suas recomendações partem desse juízo. Ele estipula que, quando um direito é reconhecido nos casos incontestáveis, o governo somente deve agir para amputar esse direito quando alguma razão convincente for apresentada, alguma razão que seja consistente com os pressupostos sobre os quais o direito original deve assentar-se. Uma vez concedido um direito, o fato de a

sociedade ter de pagar um preço mais elevado para ampliá-lo não pode ser usado como argumento para suprimi-lo. Deve haver algo de especial nesse custo adicional, ou deve haver um outro aspecto da questão que torne sensato afirmar que, embora um alto custo social se justifique sempre que o objetivo for proteger o direito original, este custo específico não é necessário. Caso contrário, a incapacidade do governo em ampliar o direito irá demonstrar que seu reconhecimento no caso original é uma impostura, uma promessa que ele pretende manter apenas até o momento em que este se tornar inconveniente.

Como podemos mostrar que não vale a pena arcar com um determinado custo, sem voltar atrás no reconhecimento inicial de um direito? Só posso pensar em três tipos de fundamentos que podem ser coerentemente utilizados para restringir a definição de um determinado direito. Primeiro, o governo poderia mostrar que os valores protegidos pelo direito original não estão realmente em jogo no caso marginal, ou que estão em jogo apenas de uma forma atenuada. Segundo, poderia mostrar que, se o direito for definido de modo a incluir o caso marginal, algum direito concorrente, no sentido forte que descrevi anteriormente, ver-se-á então restringido. Terceiro, poderia mostrar que, se o direito fosse assim definido, o custo para a sociedade não seria simplesmente adicional, mas de grau muito superior ao custo pago no caso da concessão do direito original; um grau suficientemente alto para justificar qualquer atentado à dignidade ou à igualdade que possa estar aqui envolvido.

Seria relativamente fácil aplicar essa fundamentação a um grupo de problemas com os quais a Suprema Corte se defrontou, engastados em questões constitucionais. A lei do recrutamento oferecia uma dispensa aos opositores por razões de consciência, mas essa dispensa, tal como a interpretaram as comissões de recrutamento, ficou restrita àqueles que se opunham a *todas* as guerras, por razões *religiosas*. Se supusermos que a dispensa se justifica em razão do fato de um indivíduo ter um direito moral de não matar em violação de seus próprios princípios, coloca-se a questão de saber se é legítimo excluir aqueles cuja moral não se baseia na religião, ou cuja moral seja

complexa o bastante para estabelecer distinções entre guerras. A Corte sustentou, como matéria de direito constitucional, que as comissões de recrutamento erraram ao excluir os primeiros, mas que tinham competência para excluir os segundos.

Nenhum dos três fundamentos por mim arrolados pode justificar qualquer uma dessas exclusões sob a alegação de que se trata de matéria de moralidade política. A invasão da personalidade que ocorre ao obrigarmos homens a matar quando eles acreditam que matar é imoral é igualmente grave, tanto no caso em que essas crenças estão baseadas em motivos seculares, como quando levam em conta o fato de que as guerras diferem de maneira relevante no sentido moral e não existe, em tais casos, nenhuma diferença pertinente quando se trata de direitos concorrentes ou de um estado de emergência nacional. Existem diferenças entre os casos, sem dúvida, mas são insuficientes para justificar uma distinção. Um governo que é secular em princípio não pode preferir uma moral religiosa a uma moral não-religiosa. Há argumentos utilitaristas em favor de se restringir a dispensa a fundamentos religiosos ou universais — uma dispensa tão limitada pode ser menos dispendiosa para administrar e talvez permita uma diferenciação mais fácil entre os petionários sinceros e os insinceros. Mas estas razões utilitaristas são irrelevantes, pois não podem ser consideradas como fundamentos para a limitação de um direito.

O que dizer sobre a lei contra distúrbios públicos, tal como foi aplicada no processo de Chicago? Será que a lei representa uma limitação indevida do direito à liberdade de expressão, supostamente protegida pela Primeira Emenda? Se fôssemos aplicar o primeiro modelo de governo a essa questão, o argumento a favor da lei contra os distúrbios públicos pareceria forte. No entanto, se descartarmos como inadequadas as considerações sobre equilíbrio e nos voltarmos para os fundamentos apropriados para a limitação de um direito, então este argumento torna-se bem mais fraco. O direito original à liberdade de expressão deve pressupor que é um atentado à personalidade humana impedir um homem de expressar aquilo em que honestamente acredita, sobretudo no que diz respeito a assuntos

que afetam o modo como ele é governado. Sem dúvida, o atentado é maior, e não menor, quando ele se vê impedido de expressar os princípios de moralidade política que ele defende mais apaixonadamente, diante das circunstâncias que considera como violações intoleráveis desses princípios.

Pode-se dizer que a lei contra os distúrbios públicos deixa-o livre para expressar estes princípios de um modo não provocativo. Mas essa afirmação ignora o problema da conexão entre expressão e dignidade. Um homem não pode se expressar livremente quando não pode adequar sua retórica a seu traje, ou quando deve conter-se para proteger valores que para ele nada são quando comparados aos que está tentando defender. É verdade que alguns dissidentes políticos falam de modo que chocam a maioria, mas é arrogância da maioria pressupor que os métodos ortodoxos de expressão sejam as maneiras adequadas de falar, pois isso é uma negação do direito à igual consideração e respeito. Se o objetivo do direito é o de proteger a dignidade dos dissidentes, então devemos formular nossos juízos sobre a linguagem apropriada levando em conta a personalidade dos dissidentes, e não a personalidade da maioria “silenciosa”, que em nada é restringida pela lei contra os distúrbios públicos.

Assim, fracassa o argumento segundo o qual os valores pessoais protegidos pelo direito original não se encontram tão profundamente em jogo neste caso marginal. Devemos agora verificar se, não obstante isso, os direitos concorrentes ou alguma grave ameaça à sociedade não justificam de alguma forma a lei contra os distúrbios públicos. Podemos examinar esses dois fundamentos em conjunto, porque os únicos direitos concorrentes plausíveis são os direitos de estar livre da violência, e a violência é a única ameaça plausível à sociedade que este contexto nos fornece.

Não tenho o direito de incendiar a casa de alguém, de apedrejar a ele ou ao seu carro, ou esfacelar seu crânio com uma corrente de bicicleta, mesmo que para mim esses atos sejam formas naturais de expressão. Mas os réus do processo de Chicago não foram acusados de violência direta; o argumento cor-

complexa o bastante para estabelecer distinções entre guerras. A Corte sustentou, como matéria de direito constitucional, que as comissões de recrutamento erraram ao excluir os primeiros, mas que tinham competência para excluir os segundos.

Nenhum dos três fundamentos por mim arrolados pode justificar qualquer uma dessas exclusões sob a alegação de que se trata de matéria de moralidade política. A invasão da personalidade que ocorre ao obrigarmos homens a matar quando eles acreditam que matar é imoral é igualmente grave, tanto no caso em que essas crenças estão baseadas em motivos seculares, como quando levam em conta o fato de que as guerras difere de maneira relevante no sentido moral e não existe, em tais casos, nenhuma diferença pertinente quando se trata de direitos concorrentes ou de um estado de emergência nacional. Existem diferenças entre os casos, sem dúvida, mas são insuficientes para justificar uma distinção. Um governo que é secular em princípio não pode preferir uma moral religiosa a uma moral não-religiosa. Há argumentos utilitaristas em favor de se restringir a dispensa a fundamentos religiosos ou universais — uma dispensa tão limitada pode ser menos dispendiosa para administrar e talvez permita uma diferenciação mais fácil entre os petionários sinceros e os insinceros. Mas estas razões utilitaristas são irrelevantes, pois não podem ser consideradas como fundamentos para a limitação de um direito.

O que dizer sobre a lei contra distúrbios públicos, tal como foi aplicada no processo de Chicago? Será que a lei representa uma limitação indevida do direito à liberdade de expressão, supostamente protegida pela Primeira Emenda? Se fôssemos aplicar o primeiro modelo de governo a essa questão, o argumento a favor da lei contra os distúrbios públicos pareceria forte. No entanto, se descartarmos como inadequadas as considerações sobre equilíbrio e nos voltarmos para os fundamentos apropriados para a limitação de um direito, então este argumento torna-se bem mais fraco. O direito original à liberdade de expressão deve pressupor que é um atentado à personalidade humana impedir um homem de expressar aquilo em que honestamente acredita, sobretudo no que diz respeito a assuntos

que afetam o modo como ele é governado. Sem dúvida, o atentado é maior, e não menor, quando ele se vê impedido de expressar os princípios de moralidade política que ele defende mais apaixonadamente, diante das circunstâncias que considera como violações intoléráveis desses princípios.

Pode-se dizer que a lei contra os distúrbios públicos deixa-o livre para expressar estes princípios de um modo não provocativo. Mas essa afirmação ignora o problema da conexão entre expressão e dignidade. Um homem não pode se expressar livremente quando não pode adequar sua retórica a seu traje, ou quando deve conter-se para proteger valores que para ele nada são quando comparados aos que está tentando defender. É verdade que alguns dissidentes políticos falam de modo que chocam a maioria, mas é arrogância da maioria pressupor que os métodos ortodoxos de expressão sejam as maneiras adequadas de falar, pois isso é uma negação do direito à igual consideração e respeito. Se o objetivo do direito é o de proteger a dignidade dos dissidentes, então devemos formular nossos juízos sobre a linguagem apropriada levando em conta a personalidade dos dissidentes, e não a personalidade da maioria “silenciosa”, que em nada é restringida pela lei contra os distúrbios públicos.

Assim, fracassa o argumento segundo o qual os valores pessoais protegidos pelo direito original não se encontram tão profundamente em jogo neste caso marginal. Devemos agora verificar se, não obstante isso, os direitos concorrentes ou alguma grave ameaça à sociedade não justificam de alguma forma a lei contra os distúrbios públicos. Podemos examinar esses dois fundamentos em conjunto, porque os únicos direitos concorrentes plausíveis são os direitos de estar livre da violência, e a violência é a única ameaça plausível à sociedade que este contexto nos fornece.

Não tenho o direito de incendiar a casa de alguém, de apedrejar a ele ou ao seu carro, ou esfacelar seu crânio com uma corrente de bicicleta, mesmo que para mim esses atos sejam formas naturais de expressão. Mas os réus do processo de Chicago não foram acusados de violência direta; o argumento cor-

rente era de que os atos de fala que eles planejaram tornaram possível que outros cometessem atos de violência, seja em apoio, seja como reação hostil ao que disseram. Isto conta como uma justificativa?

A questão seria diferente se pudéssemos dizer, com alguma margem de segurança, quanta violência e que tipo de violência pode-se esperar que a lei contra distúrbios públicos previna. Salvará duas, duzentas ou duas mil vidas por ano? Dois mil, duzentos mil ou dois milhões de dólares em propriedades? Ninguém pode afirmar, não apenas porque a previsão é quase impossível, mas porque não temos nenhuma compreensão sólida do processo pelo qual uma manifestação degenera em distúrbios e, em particular, do papel desempenhado pelo discurso incendiário, enquanto distinto da pobreza, da brutalidade da polícia, da sede de sangue e de todos os outros elementos do fracasso humano e econômico. O governo deve, sem dúvida, tentar reduzir a devastação violenta de vidas e propriedades, mas deve reconhecer que qualquer tentativa de localizar e eliminar uma causa de distúrbios que deixe de lado uma reorganização da sociedade haverá de ser um exercício de especulação, tentativa e erro. O governo deve tomar suas decisões sob condições de extrema incerteza, e a instituição dos direitos, quando levados a sério, limita sua liberdade de experimentar sob tais condições.

Isto obriga o governo a ter em mente que proibir um homem de falar ou de manifestar-se equivale a insultá-lo de forma incontestável e profunda, em troca de benefício especulativo que, de qualquer modo, pode ser obtido por outros meios, ainda que mais onerosos. Quando os juristas dizem que os direitos podem ser limitados para proteger outros direitos ou para impedir uma catástrofe, eles têm em mente casos nos quais causa e efeito são relativamente claros, como o conhecido exemplo do homem que dá um alarme falso de incêndio em um teatro lotado.

Mas a história de Chicago mostra quão obscuras podem tornar-se as ligações causais. Os discursos de Hoffman ou Rubin seriam condições necessárias do tumulto? Ou será que mi-

lhares de pessoas tinham ido a Chicago com o objetivo de tumultuar, como o governo também afirma? Estas seriam, de qualquer modo, condições suficientes? Ou será que a polícia poderia ter contido a violência se não estivesse tão ocupada em aumentá-la, como afirmou o corpo de assistentes da Comissão Presidencial sobre a Violência?

Essas não são questões fáceis, mas se direitos significam alguma coisa, o governo não pode simplesmente pressupor respostas que sirvam para justificar sua conduta. Se o homem tem o direito de falar, se as razões que sustentam esse direito estendem-se ao discurso político provocativo e se os efeitos de tal discurso sobre a violência são obscuros, então o governo não está autorizado a iniciar seu ataque a esse problema negando a existência de tal direito. Pode ser que reprimir o direito de falar seja o procedimento menos oneroso ou o que menos prejudique a moral da polícia, ou ainda, o mais popular do ponto de vista político. Esses são argumentos utilitaristas em favor de tomar um ou outro ponto de partida, mas tais argumentos são desautorizados pelo conceito dos direitos.

Esse ponto pode ser obscurecido pela crença popular de que os ativistas políticos aguardam com ansiedade a violência e "procuram encenar" ao se expressarem da maneira que se expressam. De acordo com essa concepção geral, eles mal podem queixar-se se forem considerados como autores da violência pela qual anseiam e se forem tratados de acordo. Mas isso repete a confusão que tentei esclarecer anteriormente entre ter um direito e fazer o que é certo. Os motivos do orador podem ser importantes para decidirmos se ele fez o que é correto ao falar apaixonadamente sobre questões que podem inflamar ou enraivecer seu público. Mas, se ele tem o direito de falar, seus motivos não podem ser considerados como prova independente no argumento que justifica a interdição de sua fala, já que o perigo existente em permitir que ele fale é especulativo.

Que dizer, porém, dos direitos individuais dos que serão destruídos por um tumulto, do transeunte que será morto por uma bala perdida ou do comerciante que será arruinado pelos saques? Colocar o problema desse modo, como uma questão

sobre direitos concorrentes, sugere um princípio que anularia o efeito da incerteza. Deveríamos dizer que alguns direitos à proteção são tão importantes que justificam que o governo faça tudo que estiver ao seu alcance para protegê-los? Deveríamos dizer, portanto, que o governo pode limitar os direitos de agir de outras pessoas quando esses atos podem aumentar o risco de que seja violado o direito de um indivíduo particular à vida ou à propriedade, por mais tênue ou especulativo que seja o risco?

Os que se opõem às decisões liberais recentemente tomadas pela Suprema Corte quanto aos procedimentos policiais, apóiam-se em algum princípio desse tipo. Essas decisões aumentam a possibilidade de que uma pessoa culpada seja libertada e, desse modo, aumentam marginalmente o risco de que algum membro da comunidade venha a ser assassinado, estupro ou roubado. Por isso, alguns críticos acreditam que as decisões da Corte devem estar erradas.

Nenhuma sociedade que se proponha a reconhecer uma variedade de direitos, com fundamento no fato de que a dignidade ou a igualdade de um homem podem ser violadas de diferentes formas, pode aceitar um princípio desse tipo. Se forçar um homem a testemunhar contra si próprio ou proibi-lo de falar produz o dano implicado nos direitos contra a auto-incriminação e o direito à liberdade de expressão, então seria desrespeitoso se o Estado dissesse a um homem que ele deve sofrer tal dano em vista da possibilidade de que venha a reduzir marginalmente o risco de perdas por parte de outros homens. Se os direitos têm sentido, então seus graus de importância não podem ser tão diferentes a ponto de que alguns deles não sejam absolutamente levados em conta, enquanto outros sejam dignos de menção.

Sem dúvida, o governo pode discriminar e impedir que alguém exerça seu direito de falar quando houver um risco claro e concreto de que seu discurso irá causar um grande dano à pessoa ou à propriedade alheia, e quando não houver outras maneiras de impedir que isso aconteça, como no caso do homem que gritou "Fogo!" em um teatro. Mas devemos recusar o princípio proposto, segundo o qual o governo pode simplesmente ignorar os direitos à liberdade de expressão quando a

vida e a propriedade estiverem em questão. Enquanto o impacto do discurso sobre esses outros direitos permanecer especulativos e marginais, o governo deve procurar em outra parte o ponto de apoio para suas ações.

4. Por que levar os direitos a sério?

Ao iniciar este ensaio, afirmei que queria mostrar o que deve fazer um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais. Deve abrir mão da idéia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral. Por esse motivo, é preciso considerar insincero qualquer governo que trate com rispidez a desobediência civil, ou que faça campanha contra o protesto verbal.

Ainda assim cabe perguntar se, afinal, vale a pena levar os direitos tão a sério. A índole norte-americana, pelo menos nos termos de sua própria auto-imagem, está em não levar nenhuma doutrina abstrata a seu extremo lógico. Talvez seja hora de ignorar as abstrações e nos concentrarmos, em vez disso, na tarefa de oferecer à maioria de nossos cidadãos uma nova compreensão de em que consiste o interesse de seu governo por seu bem-estar e do direito que eles têm de governar.

Seja como for, é nisso que parecia acreditar o ex-vice-presidente Agnew. Em uma declaração política sobre as pessoas excêntricas e os desajustados sociais, ele afirmou que a preocupação dos liberais com os direitos individuais era um vento de proa que impedia o curso do navio do Estado. Trata-se de uma metáfora pobre, mas a questão filosófica que expressa não deixa margem a dúvidas. Ele reconheceu, como não o fazem muitos liberais, que a maioria não pode viajar tão rápido ou para tão longe quanto gostaria, caso reconheça os direitos dos indivíduos a fazer aquilo que, nos termos da maioria, é errado fazer.

Spiro Agnew supôs que os direitos provocam dissensões e que a unidade nacional e um novo respeito pela lei podem ser

desenvolvidos se os consideramos de maneira mais cética. Mas ele está enganado. Os Estados Unidos continuarão divididos por sua política exterior e social e, se a economia voltar a debilitar-se, as dissensões se tornarão mais agudas. Se queremos que nossas leis e nossas instituições jurídicas forneçam as regras básicas a partir das quais essas questões venham a ser discutidas, essas regras não devem ser as leis do mais forte que a classe dominante impõe aos mais fracos, como Marx imaginava que devia ser o direito de uma sociedade capitalista. A parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. Quando as divisões entre os grupos forem mais violentas, esse gesto, se o direito de fato funcionar, deve ser o mais sincero possível.

A instituição requer um ato de fé por parte das minorias, porque o alcance de seus direitos será controverso sempre que forem direitos importantes, e porque os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos. Sem dúvida, esses representantes irão discordar de muitas das reivindicações apresentadas pelas minorias. Isto torna ainda mais importante que eles tomem suas decisões com seriedade. Devem demonstrar que sabem o que são direitos e não devem trapacear quando examinam o conjunto das implicações da doutrina correspondente. O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.

Capítulo 8

A desobediência civil

De que forma o governo deveria proceder com aqueles que desobedeçam, por razões de consciência, às leis referentes ao recrutamento militar? Muitas pessoas acham que a resposta é óbvia: o governo deve processar os dissidentes e, se julgados culpados, deve puni-los. Alguns chegam a esta conclusão com facilidade, uma vez que adotam o ponto de vista insensato de que a desobediência por razões de consciência significa o mesmo que desacato à lei. Pensam que os dissidentes são anarquistas que devem ser punidos antes que a corrupção se dissemine. Entretanto, muitos juristas e intelectuais chegam à mesma conclusão, baseados no que parece ser um argumento mais sofisticado. Eles reconhecem que a desobediência à lei pode ser *moralmamente* justificada, mas insistem em que ela não pode ser *legalmente* justificada e pensam que desse truismo se deduz que a lei deve ser aplicada. Erwin Griswold, que foi Procurador Geral dos Estados Unidos e, antes, reitor da Faculdade de Direito de Harvard, parece ter adotado este ponto de vista. “É da essência da lei”, disse ele, “que seja aplicada igualmente a todos, que sujeite a todos da mesma maneira, sem levar em conta motivos pessoais. Por esta razão, aquele que pratica a desobediência civil por convicções morais não deveria surpreender-se nem amargurar-se, se dessa desobediência resultasse uma condenação criminal. E ele deve aceitar o fato de que a sociedade organizada não poderá manter-se sobre uma base que não seja essa”.