
A CONFERÊNCIA MCCORCKLE DE 1984: AS AMBIÇÕES DO DIREITO PARA SI PRÓPRIO^{1 2}

Ronald Dworkin

Filósofo do Direito norte-americano.
Professor de Jurisprudência na University College London
e na New York University School of Law.

Resumo: O presente texto visa apresentar, de um modo bastante breve, algumas das idéias do pensamento de Ronald Dworkin presentes em *O império do direito* e que constam do texto *A Conferência McCorckle de 1984: as ambições do direito para si próprio*. O que significa a divergência interpretativa no direito e qual o modelo apropriado para abordá-la – convencionalismo, pragmatismo ou o modelo da integridade – são os tópicos discutidos.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Direito Constitucional; Direito como integridade; Dworkin.

LA CONFERENCIA MCCORCKLE DE 1984: LAS AMBICIONES DEL DERECHO PARA SI MISMO.

Resumen: *el presente texto tiene por objetivo, presentar de una manera bastante sucinta, algunas de las ideas del pensamiento de Ronald Dworkin presentes en El imperio del derecho y que hacen parte del texto La conferencia McCorckle de 1984: las ambiciones del derecho para si mismo.. Que significa la divergencia interpretativa en el derecho, cual es el modelo apropiado para abordarlas – convencionalismo, pragmatismo o el modelo de la integridad – son los tópicos discutidos.*

Palabras-clave: *Filosofia del Derecho – Derecho Constitucional – Derecho como integridad – Dworkin*

Apresentação:

Dworkin e as ambições do direito

*Emílio Peluso Neder Meyer*¹

A proposta dworkiniana de um construtivismo jusfilosófico é traçada em *Law's Empire*², publicado originalmente em 1986. Em uma perspectiva situacionista, pode-se dizer que o empreendimento iniciado em *The Model of Rules*, de 1967, tenha se aperfeiçoado com uma série de artigos esparsos publicados ao longo da década de 1970 – tal empreendimento, em uma redução drástica, traduzir-se-ia na necessidade de uma alternativa legítima à discricionariedade judicial defendida por positivistas jurídicos como Herbert Hart.

A tradução que ora é trazida a conhecimento do público brasileiro diz respeito a uma conferência realizada por Dworkin em 1984, portanto, dois anos antes da publicação de *Law's Empire*. Talvez se possa dizer que muito do que está neste texto da conferência externe pontos de vista mais bem desenvolvidos na obra que a seguiu. Esta ligeira introdução visa apenas a ressaltar alguns deles.

Dworkin começa *O império do direito* salientando que os processos judiciais sempre suscitam três tipos de questões: questões de fato, questões de direito e questões de moralidade política, ou seja, o que ocorreu, qual a lei aplicável e se há justiça nesse ditame. Que tipo de divergência, então, surge quando juízes discordam sobre qual a lei aplicável a um caso? Para Dworkin³, a verdade ou falsidade de uma *proposição jurídica* (as afirmações que as pessoas fazem sobre o que a lei permite, autoriza ou proíbe) está ligada a uma divergência *teórica* sobre o direito, ou seja, é uma divergência sobre os fundamentos do direito. *Teorias semânticas* do direito, quer dizer, teorias que insistem que os operadores do direito utilizam-se de certos critérios lingüísticos para avaliar as proposições jurídicas e definir o conceito do direito não parecem estar muito cômicas dessa divergência. Tais teorias positivistas, em verdade, possuem como pano-de-fundo o direi-

¹ Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG.Advogado.

² Há tradução da obra para a língua portuguesa: DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³ O império do direito, p. 6 e ss.

to como uma questão de fato e divergem empiricamente sobre a história das instituições jurídicas. São os casos de John Austin e Herbert Hart. O problema das teorias semânticas é que elas estão presas por um *aguiilhão semântico*.

Com isso, a verdadeira divergência sobre o direito é de natureza teórica. Daí ser necessário ampliar o argumento jurídico no sentido de identificar seu papel na cultura entendida de forma ampla. As pessoas numa sociedade de fato debatem sobre as melhores interpretações de práticas e tradições e, quando o fazem, estão discutindo acerca do que tais práticas e tradições realmente requerem. Por exemplo, uma regra de cortesia que exige que os camponeses retirem o chapéu diante dos nobres pode sujeitar-se, em dado momento, ao teste de significado, ou seja, deve ser vista e reestruturada em *sua melhor luz*. Essa mudança ocorre porque a prática interpretativa é ela mesma um processo: uma nova forma sugerida de demonstrar deferência aos nobres ou uma crítica a tal atitude surge a partir de uma interpretação anterior fundamental, contudo, modificando-a, em um verdadeiro romance em cadeia.

Já que a atividade interpretativa é tão rica e complexa, porquanto presente em vários setores da vida social, é preciso, pois, distinguir suas possíveis modalidades. A primeira interpretação destacada por Dworkin⁴ é a chamada *interpretação conversacional*: ao tentarmos nos entender com outras pessoas, procuramos interpretar os sons ou sinais que ela faz. Uma segunda forma de interpretação é a *interpretação científica*: um cientista coleta dados e, posteriormente, os interpreta em favor de sua pesquisa. Por fim, há a *interpretação artística*: os críticos interpretam obras de arte com vistas a justificar algum ponto de vista sobre seu significado, tema ou propósito⁵. Dworkin irá defender que a interpretação das práticas sociais se assemelha por demais com a interpretação artística, uma vez que ambas interpretam algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta; elas são formas uma *interpretação criativa*. A interpretação criativa deve ser *construtiva*. A interpretação das obras de arte preocupa-se com o propósito, não a causa: esse propósito é o do intérprete, não do autor. Mesmo na interpretação conversacional e na interpretação científica é possível notar que a

⁴ O império do direito, p. 60 e ss.

⁵ Ao que nos parece, Dworkin, ao fixar essa distinção, quer apenas enfatizar o papel do intérprete na determinação do direito. Não nos parece que a diferenciação seja rígida, até porque ela implicaria no fato de que o construtivismo teria menor importância em algumas áreas do conhecimento, o que não é o caso.

interpretação construtiva desempenha um importante papel: na primeira, o “princípio da caridade” pede que se entenda o que a outra pessoa diz no melhor exemplo de comunicação possível; também na interpretação científica, o recurso a paradigmas pode orientar a definição das características de uma explicação que a tornam superior a outra⁶. Isso não significa que a interpretação construtiva esteja à deriva e que, levando essa concepção às últimas conseqüências, a irracionalidade seria o resultado final: a *coerência narrativa*, e, no caso do direito, a *coerência normativa*, são parâmetros mínimos desse processo⁷.

Se essa reconstrução analítica da interpretação é útil, ela só o é na medida em que reconhece o caráter processual dessa atividade: numa instituição como a “cortesia”, cada etapa pode oferecer uma *concepção* diferente não obstante tratemos do mesmo *conceito*. Dworkin⁸ recorre ao exemplo de Wittgenstein de uma corda constituída de vários fios, sendo que nenhum deles percorre todo o seu comprimento nem compreende toda a sua largura.

Estabelecida a importância da *interpretação construtiva*, é preciso saber qual concepção do direito, qual teoria política, pode apresentá-lo em sua melhor luz. Dworkin recupera duas tradições norte-americanas que irá, posteriormente, refutar em parte: o *convencionalismo* e o *pragmatismo*. O convencionalismo defende a idéia de direitos jurídicos e o fundamento da força coercitiva estatal está em direta consonância com as decisões tomadas no passado, de modo que a previsibilidade (segurança jurídica) e a imparcialidade sejam uma restrição bem vinda e legítima – a referência de Dworkin é o positivismo jurídico. O pragmatismo nega que as decisões judiciais são legítimas porque há um direito das partes a uma decisão coerente por parte dos juízes. Esses últimos devem tomar suas decisões com o olhar dirigido para o futuro e o máximo que o Poder Judiciário faz é agir “como

⁶ DWORKIN. O império do direito, p. 65. Nesse ponto, Dworkin faz referência explícita a Thomas Khun. Sobre o último e seu conceito de paradigma, ver KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

⁷ “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (DWORKIN. O império do direito, p. 75).

⁸ O império do direito, p. 85. Ou mesmo a metáfora de uma árvore é esclarecedora: “Em termos gerais, as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore” (DWORKIN. O império do direito, p. 86).

se” as pessoas detivessem direitos – aqui, de outra parte, a referência seria o *Critical Legal Studies*, cujo expoente seria Mangabeira Unger.

A partir dessas concepções do direito, Dworkin apresenta a sua concepção do *direito como integridade*. Essa concepção pressupõe um certo tipo de comunidade política, que abraça algumas virtudes escolhidas por Dworkin⁹ arbitrariamente, mas procurando refletir os padrões mais básicos da política comum: imparcialidade, justiça e devido processo legal. Um outro ideal deve ser acrescido e ele costuma ser traduzido na conhecida máxima de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira parecida. Ele “[...] exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”¹⁰. Dworkin dá ao “clichê” do igual tratamento o título de *integridade política*. Do mesmo modo que devemos, na moralidade pessoal, agir de forma íntegra para com as pessoas com as quais nos relacionamos, o Estado deve incorporar esse ideal, deve ser *personificado* nesse sentido positivo. Não se trata de um agente moral superdimensionado, mas da atribuição de uma responsabilidade coletiva em termos de princípios a uma comunidade.

Igual respeito e consideração: essa é a exigência básica do ideal da integridade. Trata-se da “norma fundamental” de sua teoria, para dizer com Habermas¹¹. Ela é exemplificada por Dworkin, na tradução que ora se segue, recorrendo-se a esse *modelo interpretativo* de decisão judicial e contrapondo-o a um modelo positivista que teria sido levado em conta na decisão do Juiz Robert Bork no caso *Dronenburg v. Zech* [741 F.2d 1388 (D.C. Circuit 1984)]. Dronenburg servira a Marinha durante longos anos, porém fora dispensado quando admitiu ter praticado atos homossexuais num quartel. As decisões da Suprema Corte norte-americana sobre os direitos de privacidade apontavam para uma progressiva liberalização: em *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)], ela decidira que os Estados não podem proibir o uso de contraceptivos por parceiros casados; em *Eisenstadt v. Baird* [405 U.S. 438 (1971)], tal direito fora estendido a parceiros não casados; em *Carey v. Population Servs. Int’l* [431 U.S. 678 (1977)], uma lei de Nova York foi declarada inconstitucional porque proibia a venda de contraceptivos por farmacêuticos não licenciados e para menores de 16

⁹ O império do direito, p. 200.

¹⁰ DWORKIN. O império do direito, p. 201.

¹¹ Facticidad y validez, p. 273.

anos; e, em *Loving v. Virginia* [388 U.S. 1 (1967)], uma lei do Estado da Virgínia também foi declarada inconstitucional porque proibia o casamento entre pessoas de raças diferentes¹². A partir dessas decisões, é possível concluir que o Estado afirmou dois princípios: o de que nenhum ato deve ser passível de intervenção estatal a não ser que traga prejuízos para outras pessoas, e não apenas porque é considerado “imoral”; o de que o Estado não deve restringir a liberdade dos indivíduos para a procriação por meio da legislação. Na prevalência do primeiro princípio, o direito como um todo protege Dronenburg; na do segundo, não. O segundo princípio não seria, em verdade, um princípio, já que estabelece uma linha arbitrária que não tem qualquer importância para o direito. Ora, mesmo que a legislação ou a Constituição não contenham explicitamente o direito de Dronenburg, o modelo interpretativo permite essa inferência, permite que o direito realize suas *próprias ambições*. Bork, um franco adepto do positivismo que tomara a decisão, preferira um modelo positivista que não aceita que os direitos possam ser interpretados.

O modelo positivista¹³ de Robert Bork é um modelo adequado para um tipo específico de comunidade que se guia por um ideal diferente da *integridade*: o ideal da *eficiência econômica*. Este visa realizar as preferências da comunidade em geral. Conservadores e partidários da Análise Econômica do Direito comungam dessa “virtude”. A maximização do bem comum é o fim das próprias normas jurídicas e são esses argumentos de política que ignoram a real natureza de um direito. Essa comunidade tem como cidadãos concorrentes numa economia de mercado: eles devem competir para que suas preferências sejam, no fim das contas, satisfeitas. Não é isso o que ocorre numa comunidade guiada pelo ideal da integridade. Bom proveito!

¹² Para uma análise de alguns dos casos citados no contexto do princípio da igualdade, ver o excelente trabalho de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹³ “De ahí que la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano la garantía de racionalidad o rectitud normativa” (HABERMAS. Facticidad y validez, p. 272).

A CONFERÊNCIA MCCORCKLE DE 1984: AS AMBIÇÕES DO DIREITO PARA SI PRÓPRIO¹⁴

I

O título da minha conferência tem a pretensão de lembrá-los de uma série de metáforas que alguma vez já foram acalentadas por juristas, mas que agora parecem todas fora de moda e tolas. “O direito funciona em sua própria pureza”. “Há um direito superior, no interior e para além do direito positivo, por meio do qual o direito positivo se desenvolve”. “O direito tem suas próprias ambições”.

Três mistérios habitam estas metáforas; todos eles reconhecem o fato óbvio de que, em algum sentido, o direito se altera por meio de decisões judiciais, assim como pela legislação explícita. Desse modo, os juízes sempre descrevem o direito como diferente daquilo que as pessoas esperavam que ele antes fosse, e usam sua descrição singular para decidir o próprio caso no qual ela está anunciada. O primeiro mistério sustenta que tais mudanças são (ou pelo menos podem ser) guiadas pelo próprio direito, personificado, desempenhando um programa interno ou projeto. O segundo acrescenta que mudanças guiadas desse modo pelo próprio direito são também aperfeiçoamentos, que o direito puro é um direito melhor. O terceiro é ainda mais misterioso: tais mudanças não são realmente mudanças, mas, pelo contrário, descobertas de uma identidade subjacente, de modo que um juiz que pronuncia uma nova norma pode estar, em verdade, descrevendo o direito existente de uma forma mais acurada.

Há exigências políticas em cada um desses mistérios; mas a exigência prática do terceiro é mais evidente, porque ela figura na justificação política do que os juízes fazem em casos difíceis. Parece injusto que os

¹⁴Texto referente à Conferência McCorckle de 1984. O Seminário McCorckle foi estabelecido na Universidade da Virgínia em memória do falecido Clairbone Ross McCorckle (turma de direito de 1910). Dando forma ao seminário, o comitê da faculdade responsável pela escolha do conferencista procura trazer para a tribuna pessoas cujos temas reflitam a intensa devoção de Ross McCorckle pelo direito e toda a sua integridade.

Essa conferência foi apresentada na Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia em 9 de outubro de 1984. O autor publicou um ensaio de tema e conteúdo similar. Ver *Reagan's Justice*, *New York Review of Books*, nov. 8, 1984, p. 27.

Publicado originalmente como *The 1984 McCorkle Lecture: Law's ambitions for itself*, na *Virginia Law Review*, volume 71, março de 1985, n. 2, p. 173.

juízes mudem o direito no curso de um litígio. Entretanto, se a mudança é realmente parte de uma auto-realização, se a mudança aparente nada mais é que a descoberta de uma identidade mais profunda, então tal queixa está mal colocada. Do contrário, os juízes estariam agindo injustamente tal como a queixa supõe – agindo contra a idéia de legalidade – caso eles não tenham reconhecido e executado a mudança aparente.

Toda essa estrutura de idéias irá soar para muitos de vocês não apenas como misteriosa, mas tola. Ela não vem desempenhando nenhum papel importante na teoria formal do direito em boa parte do século. Foi ridicularizada e destruída, isto quase todos os juristas da academia pensam, pelo movimento que começou com os positivistas jurídicos, liderados por Jeremy Bentham e seu enérgico discípulo John Austin, na Grã-Bretanha, bem como pelos realistas jurídicos da Ciência do Direito norte-americana. O ataque deles foi direto. Eles sustentaram que as exigências misteriosas que descrevi adotam uma personificação ilegítima: não há algo como o direito que possa ter suas próprias ambições, que pode controlar o curso de sua própria mudança. Há apenas juízes que mudam o direito, de tempos em tempos, de maneira a torná-lo melhor, em sua própria visão eminentemente humana, ou simplesmente para preencher as lacunas de forma suficiente a decidir os casos à mão. Fazemos muito melhor, dizem esses críticos, ao desprezar tal obscurantismo, e insistir que o direito já presente nos livros, com todas as suas falhas e lacunas, é o único direito que possuímos. Juízes legislam quando alteram o direito, eles aplicam o novo direito retroativamente, e devemos criticar, e explicar, o que eles fazem diante de nossos olhos abertos para esses simples fatos.

Esta batalha na Ciência do Direito, a qual quase todos pensam que os positivistas e os realistas vencem, possui uma dimensão política. Positivistas e realistas vêem a si próprios como reformadores. Dizem que os teóricos mais antigos, que celebravam as metáforas e mistérios, eram formalistas cegos às conseqüências práticas das decisões judiciais para a comunidade como um todo, ou pior, que eles eram agentes conscientes ou inconscientes do capitalismo opressivo e que protegiam o *status quo*, pretendendo que suas decisões políticas fossem a revelação de uma necessidade do próprio direito. Menciono essa dimensão política porque a antiga batalha foi retomada em nossos tempos e as posições políticas são agora completamente diferentes, sem dúvida inversas.

A batalha foi reassumida principalmente num novo palco: o da jurisdição constitucional. As famosas decisões da “Corte de Warren”¹⁵ cons-

truíram uma jurisprudência sobre direitos fundamentais individuais contra o Estado; os juízes da Suprema Corte que escreveram as famosas decisões disseram que tais direitos foram criados não pelo texto básico da Constituição, nem pelas intenções específicas, concretas, dos “pais fundadores”, e nem por seus próprios arbítrios, mas, ao invés disso, pela estrutura constitucional funcionando em sua própria pureza. Eles se fundamentaram, por assim dizer, nos mistérios latentes nas antigas metáforas. Foram atacados com os mesmos argumentos, e todo o fervor e tom ridículo que os antigos positivistas e realistas usaram contra o que chamavam de direito natural; mas, agora, o ataque provém da direita, não da esquerda, do espectro político. Os atuais céuticos são conservadores, não progressistas ou mesmo liberais.

A atenção da nação é atraída para esse argumento, pelo menos de forma tênue, a cada quatro anos, já que as eleições presidenciais concentram a opinião pública na Suprema Corte. A atenção foi maior durante a última eleição¹⁶, uma vez que cinco membros da Corte têm agora pelo menos 75 anos de idade e também porque, entre os juristas que o presidente Reagan está inclinado a indicar para preencher as vagas que surgirão, estão vários que declararam suas filosofias sobre a decisão judicial com uma sinceridade incomum e com precisão acadêmica. Alguns destes são antigos professores de Direito que Reagan já havia indicado para as cortes federais de apelação, como Richard Posner e Robert Bork, e são estes que eu tenho em mente, de forma particular, quando digo que os estandartes do positivismo agora marcham com a direita¹⁷.

Mais tarde deverei ilustrar o novo cenário político por meio da descrição, em alguns detalhes, de uma recente decisão do Juiz Bork na

¹⁵ Designação referente ao período de exercício da presidência da Suprema Corte norte-americana. No caso, Earl Warren, ex-Governador do Estado da Califórnia, fora indicado pelo Presidente Dwight Eisenhower, em 05 de outubro de 1953, para substituir Fred Moore Vinson, permanecendo na presidência daquela Corte até 23 de junho de 1969. Atualmente, a Suprema Corte é presidida por John Roberts, indicado pelo Presidente George W. Bush e que, a partir de setembro de 2005, sucedeu William Renhquist, este, de seu turno, indicado por Ronald Reagan para a presidência da Corte em setembro de 1986 (Nota dos Tradutores).

¹⁶ O autor se refere às eleições presidenciais de 1984, em que se consagrou vencedor o candidato à reeleição Ronald Reagan, este republicano, diante do democrata e ex-Vice-Presidente, Walter F. Mondale. Reagan foi Presidente dos Estados Unidos de 1981 a 1989 (Nota dos Tradutores).

¹⁷ Ronald Reagan teve duas de suas indicações para a Suprema Corte rejeitadas pelo Senado americano: a do próprio Robert Bork e a de Douglas Ginsburg. Reagan, durante seu mandato, indicou como juízes da Suprema Corte: Sandra Day O'Connor (1981 – a primeira mulher na Suprema Corte); William Rehnquist (1986 – ex-presidente da Suprema Corte); Antonin Scalia (1986 – um conservador “textualista”); e, Anthony M. Kennedy (1989) (Nota dos Tradutores).

Corte Regional do Distrito de Colúmbia. Mas deveria, em primeiro lugar, mencionar duas explicações concorrentes da inversão política. Alguns de vocês pensarão que a Ciência do Direito é epifenomênica (*epiphenomenal*) no seguinte sentido. Se as pessoas gostam do recente teor do direito, se querem que os juízes continuem no espírito das últimas décadas, elas serão atraídas pelas velhas metáforas acerca das ambições internas do direito. Se não gostam, se pensam que o direito tem se alterado muito na direção errada, irão atacar as posturas realistas e condenar as metáforas como personificações vazias e danosas. Eu mesmo não sou atraído por aquela visão cínica da conexão entre Ciência do Direito e prática jurídica. (Vocês podem pensar que não gosto disto porque torna meu trabalho inútil.) Prefiro uma explicação alternativa: que a mudança política é uma consequência natural da atração crescente, pelos liberais, da idéia de que as minorias de diferentes tipos detêm direitos políticos contra a maioria. Tal desenvolvimento, acredito, torna a antiga atitude com relação ao direito mais atrativa para liberais e a atitude positivista correspondentemente mais atrativa para conservadores. (Retornarei a esta explicação alternativa perto do fim dessa discussão.).

II

Devo agora tentar reabilitar a velha idéia que se expressa nas metáforas e se desenvolve nos mistérios que descrevi. O núcleo da minha sugestão é este: podemos entender as metáforas e mistérios, e mesmo explicar seu apelo, se as tomarmos como a expressão de um modelo *interpretativo* de decisão judicial. Não posso descrever tal modelo em detalhe aqui, embora tenha tentado fazê-lo em outro lugar¹⁸. Posso apenas resumi-lo com a advertência de que a necessidade de detalhes, assim como a resposta a possíveis objeções, foi deixada de fora. As omissões não irão, espero, abater minha ambição presente, que é a de mostrar como os mistérios que descrevo tornam-se menos misteriosos, e menos vulneráveis ao ridículo do ataque realista, caso sejam tomados como a expressão de um modelo de decisão judicial no caráter geral que apresento.

O modelo distingue entre o direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões pas-

¹⁸ Ver *Law as Interpretation*, em *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985). [Trad. bras. *O Direito como Interpretação. Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

sadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política¹⁹ (*political morality*), tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo. O modelo insiste numa certa compreensão da idéia de interpretação: um conjunto de princípios possibilita a melhor interpretação do direito positivo se ele provê a melhor justificação disponível para as decisões políticas que o direito positivo anuncia. Em outras palavras, o modelo possibilita a melhor interpretação, caso mostre o direito positivo na melhor luz possível.

Esta parecerá uma estranha explicação da interpretação para aqueles de vocês que acreditam que a interpretação, em sua exata natureza, é o processo de recuperação da “intenção” do autor histórico do material a ser interpretado. Pois se o direito positivo é o produto de várias autoridades públicas muito diferentes, situadas em diversos tempos e movidas por ambições e propósitos bem distintos, recuperar tais intenções quase sempre conflituosas seria um empreendimento extremamente diferente daquele que descrevi. Mas a assunção de que a interpretação, em sua exata natureza, é um processo de recuperação de intenções confunde dois níveis diversos nos quais o caráter da mesma pode ser estudado.

Mesmo no caso da interpretação literária, em que a teoria da “intenção do autor” parece mais plausível, ela é apenas uma das várias teorias da interpretação concorrentes que podemos encontrar na literatura. Alguns doutrinadores sustentam, por exemplo, que a interpretação é mais bem entendida como a tentativa de capturar o efeito que um trabalho literário tem em leitores contemporâneos. Então, devemos tentar encontrar alguma descrição da interpretação mais abstrata que qualquer uma destas teorias concorrentes, uma descrição que podemos usar para explicar o argumento comum entre elas; para explicar, enfim, no que elas discordam e como podem, ao mesmo tempo, ser vistas como teorias sobre a mesma atividade. A explicação que dei – que a interpretação procura mostrar o material a ser interpretado como o melhor que ele pode ser – é entendida como uma candidata àquela descrição mais abstrata abrangendo, daquela maneira, as teorias rivais ao invés de confrontá-las. Ela explica por que a teoria da intenção do

¹⁹ A expressão *political morality* possui um significado específico na obra do autor. Não se confunde com os termos *eticidade* e *moralidade*. Significa, antes, o conjunto de princípios que justificam as ações individuais e políticas em uma comunidade política. Para tanto, vale conferir a nota 1 à página 291 da tradução brasileira de *Sovereign Virtue (A Virtude Soberana. A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005), em que o autor parte do pressuposto de uma distinção entre *eticidade* e *moralidade*. (Nota dos tradutores).

autor parece atrativa para alguns críticos literários, mas não para outros. Os primeiros acreditam ou assumem que a questão da literatura é essencialmente comunicativa, de tal modo que descobrir as intenções de comunicação do autor e mostrar como estas são percebidas no seu trabalho é a melhor maneira de demonstrar o valor que a obra pode corretamente pretender ter. Os últimos abraçam diferentes visões sobre as fontes de valor na literatura, e estas diferentes visões geram idéias rivais sobre quais técnicas de interpretação mostram uma obra em sua melhor luz. Essa visão da questão – essa explicação do nível no qual a tese da intenção do autor provê uma teoria da interpretação – é, acredito, sugerida pelo trabalho do professor Hirsch, da Universidade da Virginia, o mais poderoso e esclarecedor expoente desta tese.

Se tivermos em mente a teoria mais abstrata da interpretação, a de que uma interpretação procura fazer do material a ser interpretado o melhor que ele pode ser, então insistimos que qualquer interpretação de qualquer material deve ser testada em duas dimensões. Primeiro, ela deve adequar-se ao material. Nenhuma interpretação do direito positivo pode ser bem-sucedida a menos que possa justificar, amplamente, as decisões judiciais que foram realmente alcançadas; de outra maneira, não poderá pretender mostrar *essas* decisões em sua melhor luz. Podemos definir esta exigência imaginando o que conhecemos como uma inverdade, que as várias decisões que formam o direito positivo foram todas tomadas por uma única autoridade. Daí a primeira exigência, testar uma interpretação proposta perguntando se aquela única autoridade, guiada pelos princípios definidos de início na interpretação proposta, poderia tomar aquelas decisões. Podemos não insistir num ajuste exato: que toda decisão real seja explicável daquela maneira. Mas insistimos em que o ajuste seja pelo menos geral, que nenhuma parte fundamental ou importante do direito positivo vá de encontro a uma interpretação proposta, a menos que outra interpretação, mais bem-sucedida a esse respeito, esteja disponível.

A segunda exigência repousa na dimensão da justificação. Uma interpretação do direito positivo é malsucedida, a menos que ofereça uma justificação daquele direito, e se, como normalmente será o caso, duas interpretações concorrentes satisfazem, a um só tempo, a primeira exigência de ajuste num nível adequado, essa segunda exigência de justificação discriminará uma delas porque preferirá a interpretação que possibilita uma melhor justificação. No caso do direito, é claro, a justificação em questão é de moralidade política. Mostrar o direito em sua melhor luz significa mostrá-lo

como o melhor curso possível da responsabilidade política.

Aquele fato irá confirmar, para muitos de vocês, uma suspeita que deve estar crescendo durante toda essa breve explicação da interpretação. Vocês irão pensar que isto torna a interpretação irremediavelmente subjetiva, que desde que dois intérpretes do direito possam muito bem ter diferentes convicções sobre se uma interpretação particular se adequa suficientemente para ter êxito na primeira dimensão, e é bem provável que eles tenham diferentes convicções políticas acerca de qual possibilita uma melhor justificação em moralidade política, na segunda, a interpretação é apenas uma questão de opinião e a interpretação de nenhum deles poderia reivindicar ser “objetivamente” melhor que a de qualquer um. Acredito que esta é a conclusão errada a ser tirada, que esse uso da distinção problemática entre “subjetivo” e “objetivo” é confuso e não acrescenta nada de útil para qualquer discussão, seja de interpretação, seja de moralidade política. Tentei defender tal visão em outro lugar²⁰, mas não vou me estender nela agora porque posso continuar meu argumento sem isto.

Compreendam, se preferirem, minha descrição do modelo interpretativo de decisão judicial “subjetivamente”. Ele se torna, então, uma explicação das questões que um juiz colocaria para si próprio e responderia a partir de suas convicções “subjetivas” acerca da adequação e da moralidade política. Desde que elas sejam, em qualquer caso, diferentes das questões que o modelo positivista pede que ele coloque para si próprio e que requer um conjunto diferente de convicções “subjetivas”, a diferença entre os dois modelos será preservada, e também a questão que considerarei de forma breve, que é a de se nós temos alguma base para escolher entre os dois modelos.

III

Minha discussão da interpretação, e do modelo interpretativo de decisão judicial, tem sido extremamente abstrata. Deverei tentar torná-la um pouco mais concreta mostrando como um juiz que aceita o modelo interpretativo atacaria o problema colocado pelo recente caso ao qual me referi antes, *Dronenburg*²¹. Os fatos deste caso podem ser descritos de forma bastante rápida. Dronenburg serviu com distinção na Marinha por muitos anos, mas foi dispensado quando confessou ter praticado atos ho-

²⁰ Ver Interpretation and Objectivity, em A Matter of Principle [Trad. bras. Interpretação e Objetividade. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001].

²¹ *Dronenburg vs. Zech*, 741 F.2d 1388 (D.C. Cir. 1984).

mossexuais em um quartel. Ele processou a Marinha sustentando que sua dispensa, por aquela razão, violou seus direitos fundamentais.

O modelo interpretativo recomenda o seguinte procedimento para estudar seu pleito. Começamos identificando o direito positivo em torno do problema. Este consiste, primeiro, no texto das cláusulas constitucionais que Dronenburg citou, e daí, conseqüentemente, em decisões passadas da Suprema Corte sob aquelas cláusulas. Para nossa ilustração, devemos limitar o direito positivo ao texto da Cláusula do Devido Processo e ao conjunto de decisões usualmente chamadas de decisões de “privacidade”. Em *Griswold*²³, decidiu-se que Estados não devem proibir o uso de contraceptivos por parceiros casados. Em *Eisenstadt*²⁴, confirmou-se que o direito ao uso de contraceptivos se estendia também a parceiros não casados, e, em *Carey*²⁵, condenou-se uma lei de Nova York que exigia que contraceptivos fossem comprados apenas de farmacêuticos licenciados e proibia sua venda para crianças com idade abaixo dos 16 anos. A Corte havia confirmado o direito à “privacidade” em outros contextos: por exemplo, em *Loving*²⁶, declarando inconstitucional uma lei da Virgínia proibindo o casamento entre pessoas de raças diferentes. A mais dramática das decisões sobre “privacidade” até agora, entretanto, é a decisão do aborto, *Roe vs. Wade*²⁷. A Corte cita as decisões sobre contraceptivos e *Loving*²⁸ para justificar sua decisão de que os Estados não poderiam constitucionalmente proibir o aborto no primeiro trimestre de gravidez.

Essa descrição limitada do direito positivo possibilita nossa base pré-interpretativa, e devemos agora perguntar qual conjunto de princípios poderia prover a melhor interpretação, é dizer, a melhor justificação de tudo isso. Quais princípios políticos iriam satisfazer a exigência da primeira dimensão, a exigência de adequação? Posso pensar em dois princípios que poderiam bem ser usualmente imaginados para se adequar, e deverei considerar apenas estes, embora vocês possam ser capazes de pensar em mais. Primeiro, as decisões há pouco descritas poderiam ser elaboradas por uma única autoridade pública agindo de modo a executar uma versão do famoso princípio de Mill, que afirma que o Estado não deve proibir atos que não prejudiquem ninguém, apenas porque tais atos são amplamente considerados imorais

²³ *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

²⁴ *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U.S. 438 (1971).

²⁵ *Carey vs. Population Servs. Int'l*, 431 U.S. 678 (1977).

²⁶ *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

²⁷ 410 U.S. 113 (1973).

ou pecaminosos. Segundo, elas poderiam ter sido elaboradas por uma autoridade pública que aceita o princípio mais estreito de que o Estado não deve legislar para restringir a liberdade tomando decisões sobre procriação.

Suponhamos que cada um desses dois princípios se adequam às decisões do direito positivo²⁸. Importa muito qual delas aceitamos como a melhor interpretação do direito. Se o princípio de Mill é uma melhor interpretação, então o direito como um todo, o direito genuíno, protege Dronenburg por meio do direito fundamental que ele reivindica. Se o segundo princípio, limitado à procriação, é superior, então não protege (a menos que outros princípios favorecendo-lhe possam ser encontrados em outro lugar do direito constitucional) porque a escolha pelo homossexualismo não pode ser tratada de maneira plausível como uma escolha acerca de procriação, embora tenha conseqüências para tanto. Assim, nossa atenção se desloca para a segunda dimensão da interpretação; devemos perguntar qual de nossas interpretações possíveis possibilita uma melhor justificação das decisões do ponto de vista da moralidade política. Pode haver alguma dúvida de que a primeira é superior? Ela afirma um ideal aceitável de autonomia moral que terá um apelo considerável mesmo para aqueles que não possam admiti-lo totalmente. O segundo princípio, que declara apenas que o Estado não deve intervir em decisões pessoais sobre procriação, não é realmente, num segundo exame, de todo um princípio. Ele define uma linha arbitrária desconectada com qualquer distinção aceitável de importância moral. Não oferece nenhuma razão do porquê decisões pessoais íntimas sobre procriação deveriam ser protegidas da regulação estatal, embora outras decisões íntimas não precisem ser também, e não temos qualquer razão à disposição tanto na literatura quanto na cultura comum da moralidade que pudesse justificar aquela distinção.

Embora, como enfatizei anteriormente, o modelo interpretativo possa produzir com freqüência resultados diferentes para pessoas diferentes, uma vez que as razões que elas trazem para fundamentar as questões

²⁸ A assunção de que a primeira interpretação, que recorre para o princípio de Mill, se adequa à decisão do aborto requer a assunção controversa seguinte de que um feto não é uma pessoa no primeiro trimestre, e essa assunção pode por isso ser uma parte necessária de qualquer interpretação competente de todo o conjunto de decisões sobre privacidade. Ou, talvez, o princípio de Mill possa ser usado para justificar as outras decisões no grupo da "privacidade" e alguns princípios encontrados, se algum puder sê-lo, para justificar a decisão do aborto independentemente. Em qualquer caso, o princípio de Mill seria parte de uma interpretação das decisões como um todo, embora não seja exaustiva disto.

que o modelo provê são diferentes, *Dronenburg* soa para mim como um caso fácil dentro daquele modelo²⁹. Sob aquele modelo, o direito genuíno, o direito como um todo, decide a favor de *Dronenburg*. Agora, por favor, reconsiderem, à luz desse exemplo, os três “mistérios” que descrevi no início dessa conferência.

Aparentemente, uma decisão a favor de *Dronenburg*, sob a exigência de que o direito fundamental à privacidade se estenda aos homossexuais, é uma mudança no direito, porque aquele direito não está explícito no texto da Constituição e não foi reconhecido anteriormente pela Suprema Corte. Mas podemos, nesse momento, espero, enxergar o sentido na exigência de que se o argumento interpretativo justificando essa mudança é um bom argumento, a mudança foi dirigida pelo próprio direito positivo, realizando o que se pode sensivelmente chamar de suas próprias ambições. Este é apenas um caminho – concordo que não seja o caminho mais transparente – de dizer que o direito positivo obriga aquilo que pode contar como a melhor interpretação, e isto é patentemente dessa maneira. A segunda exigência que achamos misteriosa sustenta que uma mudança produzida por meio da decisão judicial não é neutra, mas sim um aperfeiçoamento, que o direito puro é um direito melhor. Esta também pode ser reformulada como uma característica do modelo interpretativo que desenvolvemos, já que reivindica apenas o inverso da segunda exigência de interpretação que distinguimos. Uma vez que uma interpretação é melhor se possibilita uma melhor justificação em moralidade política, então uma mudança guiada por uma melhor interpretação será apenas, por aquela razão, um aperfeiçoamento. Nosso terceiro “mistério” insiste que a mudança orientada pelo próprio direito não é uma mudança genuína, mas tão-somente o esclarecimento do direito já assentado. Este é simplesmente o contraste entre o direito positivo e o direito como um todo soando mais misterioso do que é, e o desfecho prático que noticiamos sobrevive à desmistificação. Dado que o modelo interpretativo insiste que se a melhor interpretação do direito positivo, e por isso a mais acurada definição do direito como um todo, produz um direito fundamental para *Dronenburg*, então negar a ele tal direito não é meramente recusar-se a fazer uma mudança no direito que desaprovava isto, mas é, em si, uma negação de legalidade, um insulto ao Estado de direito (*rule of law*).

²⁹ Eu deveria repetir, contudo, que essa exigência não é necessária para meu propósito principal, que é o de mostrar o modelo na prática e como ele difere do modelo positivista o qual uso brevemente através da decisão real de Bork em *Dronenburg* para ilustrar.

IV

Deste modo, o modelo interpretativo fundamenta as velhas metáforas e mostra o poder esclarecedor das atitudes com relação às decisões judiciais, assim como o direito que elas expressam. O ataque positivista rejeita não uma metafísica patentemente absurda, mas um estilo perfeitamente prático de julgamento. Eu digo que a crítica positivista tornou-se a arma de juristas conservadores na sua oposição ao uso de nossa Constituição para proteger direitos individuais contra o Estado. O juiz que realmente decidiu *Dronenburg* é, como ocorre, um membro tímido da escola de positivistas conservadores, e devemos, por isso, nos voltar para sua fundamentação, esperando dar forma ao nosso sentido do contraste entre os dois estilos de decisão judicial que agora distinguimos.

Sem dúvida, o contraste dificilmente poderia ser mais completo. O juiz Bork estruturou o direito positivo que descrevi, mas somente para mostrar que ele não continha, como direito positivo, qualquer reconhecimento explícito de um direito fundamental protegendo homossexuais. Aquilo, para ele, foi decisivo para dizer se *Dronenburg* realmente tinha o direito fundamental que reivindicava. Ele não tinha. Então, a única questão restante para a decisão judicial era a de se juízes de cortes federais de instâncias inferiores deveriam criar um novo direito a favor dele, e esta questão, para Bork, respondia por si mesma. Ele se permitiu dizer que, na sua opinião, mesmo os juízes da Suprema Corte não deveriam criar novos direitos fundamentais, porque, fazendo isto, eles excederiam seus poderes legítimos como juízes. Mas ele pensou ser óbvio que, seja o que for que a Suprema Corte deveria ou não fazer, juízes de cortes inferiores não deveriam usurpar poderes que não eram legitimamente seus. Ele decidiu, com base naquele único fundamento, contra o pleito de *Dronenburg*. A fundamentação é notável por seu caráter positivista rude. O direito positivo é todo o direito que existe e qualquer mudança seria meramente um fragmento de legislação, nesse caso, uma emenda constitucional em desafio aos procedimentos de emenda que o próprio documento estabelece.

V

Desse modo, temos dois modelos de decisão judicial: o modelo interpretativo que, pelo menos nesse exemplo, sustenta a proteção aperfeiçoada de direitos individuais, e o modelo positivista, que argumenta, pelo menos aqui, contra aquele desenvolvimento. Quais razões teríamos para escolher entre esses dois modelos? É mais fácil descrever as razões que

não temos para aquela escolha.

Positivistas recorrem, freqüentemente, ao ceticismo como uma razão para rejeitar as idéias que acompanham o modelo interpretativo. Este é, às vezes, um ceticismo metafísico, expresso em comentários como a observação desdenhosa de Holmes de que o direito não é uma onipresença pairando no céu. Mas essa forma de ceticismo está disponível somente na medida em que o positivismo pode tratar seu oponente como comprometido com alguma forma fantasmagórica de direito natural. Não é apropriada quando a velha tradição é reformulada como no modelo interpretativo. Aquele modelo, entretanto, parece encorajar uma forma diversa de ceticismo, um ceticismo moral na forma do seguinte argumento. Se dois juristas discordam sobre que conjunto de princípios mostra o direito positivo em sua melhor luz, não pode haver uma resposta correta para esta questão, e, por isso, nenhuma resposta única ditada pelo modelo interpretativo. Este argumento me parece pobre, como disse; mas, mesmo que fosse sólido, ele não possibilitaria nenhum argumento para o positivismo contra a interpretação como estilo geral de decisão judicial. Pois o positivismo requer que juízes façam julgamentos controversos de moralidade política tão freqüentemente quanto o modelo interpretativo o requer. É verdade – e importante – que as questões de moralidade política que o modelo interpretativo coloca para os juízes são diferentes, e invocam convicções diferentes, das questões de moralidade política que o positivismo coloca, mas se não pode haver uma resposta correta para o primeiro, não pode haver nenhuma para o segundo também. Assim, o ceticismo moral sustenta como forte – ou como fraca – uma objeção para cada um dos dois estilos de decisão judicial, e não oferece razões para a escolha entre eles (ou, sem dúvida, entre qualquer um deles e qualquer outra teoria sobre como juízes decidem casos difíceis).

Filósofos do direito já pensaram que a escolha entre teorias sobre decisões judiciais poderia ser feita em bases semânticas ou (o que se torna a mesma coisa) em bases de clareza conceitual ou conveniência. Supôs-se que o positivismo captaria como os juristas usam a palavra “direito”, ou, pelo menos, proveria uma maneira superior de usar aquela palavra. Mas essas exigências entraram em colapso por duas razões. Primeiro, elas são falsas como exigências acerca de como os juristas falam: não é verdade que quase todos os juristas utilizem “direito” para se referir apenas ao direito positivo. (Sem dúvida, os positivistas tiveram que inventar epículos implausíveis de teoria lingüística para explicar por que elas não são falsas). Segundo, uma vez que nossos dois modelos são substancialmente diferentes

– a diferença é ilustrada de forma dramática pelas diversas conseqüências dos dois modelos em *Dronenburg* – a escolha que devemos fazer é entre os próprios modelos e não como devemos falar a respeito ou de acordo com eles.

Podemos dispensar uma terceira sugestão sobre como escolher entre os dois modelos de decisão judicial, de forma igual e rápida. Menciono o argumento do qual Bork dependeu tão pesadamente em *Dronenburg*, o de que o modelo interpretativo que ele se recusa a seguir é *ilegítimo* no contexto constitucional, porque juízes que seguem tal modelo usurpam poderes de emenda constitucional. Este argumento, simples e diretamente, ignora a questão em discussão, referente ao fato de o que a Constituição realmente é, em qualquer momento, depende de qual modelo de decisão judicial seja o apropriado para se utilizar em julgamentos constitucionais. Se o modelo interpretativo é o correto, para nós, então nossa Constituição de fato consiste naquilo que cada modelo identifica como o direito constitucional como um todo e, daí, é a decisão de Bork que, declinando da aplicação do direito como um todo, é ilegítima, é ela que emenda a Constituição arbitrariamente.

Antecipei esse ponto observando, mais cedo nessa conferência, essa conseqüência prática do conjunto de idéias que agora reelaboramos no modelo interpretativo: ela possibilita a oportunidade de o Estado de direito transformar-se, e, com isso, o poder legítimo dos juízes, naquilo que identifica como o direito como um todo, ao invés do direito positivo que toma como objeto de interpretação. É claro que isto ignoraria a questão na direção oposta se eu argumentasse, em favor do modelo interpretativo, que a decisão positivista de Bork era um fragmento de usurpação ilegítima porque emendava a Constituição. Reivindicações de legitimidade ou ilegitimidade são parte da conclusão de um argumento para um modelo de decisão judicial, e, portanto, não podem figurar elas mesmas naquele argumento.

É hora de alterar o foco dos argumentos que deveríamos rejeitar para a escolha de um de nossos dois modelos em prejuízo do outro, de modo a considerar se há algum que devemos aceitar. Poderemos muito bem ser tentados a perguntar qual modelo em si possibilita uma melhor interpretação de nossa prática constitucional. Parece claro que o modelo interpretativo se adequa a essa prática de uma maneira muito melhor. É, sem dúvida, uma grande queixa dos positivistas conservadores que a Suprema Corte tem, com muita freqüência, decidido casos no espírito interpretativo. Porém, não devemos depender muito pesadamente dessa observação, porque estes con-

servadores poderiam responder que o modelo positivista ajusta de modo suficiente as práticas constitucionais – ou, se não, que ajusta o suficiente das práticas jurídicas em geral nos Estados Unidos – para tornar-se qualificado na dimensão da adequação. Então, devemos comparar os dois modelos na outra dimensão da interpretação, perguntando qual possibilita uma melhor justificação, em moralidade política, para as práticas que sustenta ajustar. Temos uma razão ainda mais forte para nos virar diretamente para aquela questão política. Os positivistas podem argüir que isto ignora a questão, muito na maneira como eu há pouco disse que o argumento de Bork o faz, para argumentar a favor do modelo interpretativo em fundamentos interpretativos. Mas, se rejeitarmos o teste interpretativo, por aquela razão, então o teste de moralidade política, para onde o teste interpretativo estava na verdade nos levando, seria o único procedimento restante para comparar os dois modelos.

Podemos dar início ao teste político observando que o modelo interpretativo supõe e serve a uma virtude política distinta: integridade política. O modelo assume que o Estado, como agente político, deve falar numa única voz no seguinte sentido. Se ele depende de um conjunto de princípios políticos para justificar seu uso do poder coercitivo em uma área, deve ele admitir a extensão natural desses princípios. Se deve depender de alguma versão do princípio de Mill, por exemplo, para justificar a denegação à maioria da decisão de se às pessoas deve-se permitir o uso de contraceptivos, ou de se casar com pessoas de diversas raças, ou para abortar no primeiro trimestre de gravidez, o Estado deve estender a proteção daquele princípio a homossexuais também.

Podemos encontrar uma virtude política subjacente comparável para o modelo positivista de decisão judicial expresso na fundamentação de Bork? Acredito que sim: é a virtude da eficiência econômica, concebida como o objetivo de satisfazer as preferências da comunidade em geral, incluindo aí sua política e moral, assim como suas preferências mais estritamente econômicas. Não é nenhum acidente que os primeiros partidários acadêmicos das políticas constitucionais conservadoras sejam também os mais inflexíveis advogados do que é chamado de análise econômica em outras áreas do direito. A convicção deles de que o poder político da maioria deveria ser limitado o menos possível – de que deveria ser cerceado somente pelo texto explícito da Constituição ou pelas intenções não ambíguas dos pais fundadores – reflete a mesma teoria política implícita como sua ambição, a de que as regras de contrato, responsabilidade civil e propriedade

sejam elaboradas de forma a maximizar o bem comum. Ambos refletem um utilitarismo irrestrito que permite que preferências de muitas pessoas se sobreponham àquelas de poucos em algum cálculo geral de preferência social, e negam qualquer coerção envolvendo o tipo de preferências que devem contar para aquele cálculo. Minhas preferências acerca de como vocês levam suas vidas, em outras palavras, contam tanto quanto as suas.

O conflito entre as virtudes subjacentes que agora identificamos para nossos dois modelos – integridade para o modelo interpretativo e eficiência para o modelo positivista – está claro o bastante. A integridade é, do ponto de vista da eficiência, ao mesmo tempo, arbitrária e irracional: arbitrária porque não pode ser avaliada de um utilitarismo irrestrito, e irracional porque irá provar, exceto em casos raros, uma incompatibilidade com ele. Um cientista social ansioso para realizar a mais completa satisfação das preferências de todos, no fim das contas, não poderia aceitar a integridade como uma restrição, porque as preferências que ele visa satisfazer são improváveis elas mesmas de serem disciplinadas pela coerência principiológica que a integridade imporia a elas. Nosso exemplo principal mostra isto dramaticamente. Muitas pessoas preferem que outras não usem contraceptivos, abortem ou pratiquem sexo homossexual. Mas os perfis fenomenológicos destas diferentes preferências “externas” são muito diferentes: eles diferem na sua popularidade, carga emocional e conexão com outras visões “morais”. Talvez a satisfação global de preferências seria melhorada, no fim das contas, por algumas restrições constitucionais impedindo maiorias temporárias de proibir contraceptivos. Mas dificilmente segue disto que uma restrição proibindo a punição de homossexuais teria a mesma consequência, porque a mistura e o caráter das preferências, sem mencionar os efeitos colaterais, são muito diferentes nesses casos.

O conflito entre as duas virtudes parece mais nítido quando refletimos sobre os ideais de comunidades associadas com cada um. Numa comunidade regulada pela eficiência, cada pessoa vê as outras como instrumentos e competidores: instrumentos porque suas preferências incluem e são suportadas por preferências sobre como elas devem agir; competidores porque é provável que a satisfação das preferências de outros cause efeitos na dele. Não há nenhuma solidariedade ou fraternidade nesse retrato da sociedade; é o retrato de políticas como comércio, em outros termos. A sociedade dedicada à integridade, contrariamente, objetiva a mais intensa versão de comunidade compatível com a diversidade moral.

Não somos uma comunidade unida por um acordo moral concre-

to, por opiniões compartilhadas acerca dos detalhes de qual justiça e qual imparcialidade, e sobre o que uma vida valiosa e decente requer. (Seríamos, eu acredito, uma comunidade pior se nós alcançássemos um consenso sobre esses assuntos.). Debatedemos sobre justiça e imparcialidade por meio das instituições que temos, procurando, como parte do diálogo, reformar estas instituições na medida em que as usamos, reconhecendo que qualquer estrutura institucional que alcancemos é provisória, que nenhuma decisão da maioria, do Executivo ou de uma corte, é correta apenas porque foi tomada, ou correta apenas porque deve ser respeitada desde que assim se estabeleça. Marchamos nesse caminho em direção ao que esperamos ser uma melhor comunidade, mais imparcial e mais justa; caminhamos adiante, embora todos acreditemos que alguns passos são dados para trás. Mas, apesar de tudo, reconhecemos a comunidade em nossa presente diversidade e, então, aceitamos, em nome da comunidade, uma restrição especial e mais avançada. Caminhamos juntos para que os acordos de princípio que alcançamos de tempos em tempos, como bases estáveis para campanhas posteriores, se estendam a todos. Não deixamos nenhum ferido para trás, nenhuma minoria de gênero, raça ou preferência sexual abandonada, mesmo quando trazê-los conosco retarda os lucros de outros.

Se vocês acham esta visão de comunidade mais atrativa que a visão de comunidade de eficiência, como eu acho, então vocês encontrarão nela o único tipo de argumento que podemos ter para uma concepção de direito em prejuízo de outra. Ela nos dirige para o modelo interpretativo, na direção do conjunto de idéias trancadas nas velhas metáforas das ambições do direito por si mesmo. Vocês podem achar um traço de meu argumento estranho. Podem achar estranho que juristas que contestam acerca de estilos de decisão judicial finalmente se voltam para o modo como argumentei acerca dos ideais de uma comunidade, que tratados de filosofia cuidam à queda do martelo de todo juiz. Pode ser estranho, mas, tenho certeza, é verdade, e mesmo um pouco emocionante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. The 1984 McCorkle Lecture: Law's ambitions for itself. *Virginia Law Review*, vol. 71, p. 173-187, 1985. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.