

NOMOS E NARRAÇÃO*

ROBERT M. COVER**

TRADUÇÃO DE LUIS ROSENFELD

A. Uma ordem violenta é desordem; e
B. Uma grande desordem é uma ordem. Essas
duas coisas são uma.
(*Pages of illustrations*, Wallace Stevens¹)

I INTRODUÇÃO

Nós vivemos em um *nomos* – um universo normativo. Nós criamos e mantemos constantemente um mundo de certo e errado, de legal e ilegal, de válido e inválido². O estudante de direito pode vir a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional de controle social. As regras e os princípios de justiça, as instituições jurídicas oficiais e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; elas são, contudo, apenas uma pequena parte do universo normativo que deve

* Agradecemos à Sra. Diane Cover pela autorização para a publicação deste artigo na *Anamorphosis*. O texto foi originalmente publicado em: COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, n. 97, v. 4, p. 4-68, Nov. 1983. <https://doi.org/10.2307/1340787>. Mantivemos, aqui, a formatação da publicação em língua inglesa que consta no Yale Law School Legal Scholarship Repository: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705 (N. do E.)

** Jurista norte-americano. Foi professor da Yale Law School (EUA) de 1972 até 1986, quando veio a falecer.

¹ W. STEVENS, *Connoisseur of Chaos*, em THE COLLECTED POEMS OF WALLACE STEVENS, p. 215 (1954).

² Sobre a ideia de “construção de mundo” com suas implicações normativas, ver, por exemplo, P. BERGER, *THE SACRED CANOPY* (1967); P. BERGER & T. LUCKMANN, *THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY* (1966); J. GAGER, *KINGDOM AND COMMUNITY* (1975); K. MANNHEIM, *IDEOLOGY AND UTOPIA* (1936); cf. P. BERGER, *THE SACRED CANOPY*, p. 19 *passim* (1967) (evocando a ideia de um “*nomos*” e de “uma ordem de significado”).

reivindicar nossa atenção. Nenhum conjunto de instituições jurídicas ou normas existe em separado das narrações que o situam e lhe proporcionam significado³. Para cada constituição existe um épico, todo decálogo possui uma escritura⁴. Uma vez compreendido no contexto das narrativas que fornecem significado, o direito se torna não meramente um sistema de regras a serem observadas, mas o mundo no qual nós habitamos. Nesse mundo narrativo, direito e narração estão inseparavelmente relacionados. Cada prescrição normativa insiste em sua demanda de situar-se no discurso narrativo – para ser municiada com história e destino, começo e fim, explicação e propósito⁵. E cada narrativa é insistente em sua demanda por seu ponto prescritivo, sua moral. História e literatura não podem escapar do fato de que se situam em um universo normativo⁶, tampouco pode a norma, mesmo quando incorporada em um texto legal, escapar de sua origem e de sua finalidade na experiência, nas narrativas que são trajetórias tramadas sobre a realidade material, pelas nossas imaginações⁷.

-
- ³ Eu não desejo afirmar que existe um cânone oficial e privilegiado das narrações. De fato, ainda que alguns cânones, como a Bíblia, integrem material jurídico com textos narrativos, em geral os textos jurídicos contemporâneos não o fazem (com a possível exceção de alguns acórdãos dos tribunais). É sobre o caráter difuso e sem privilégios das narrativas em um mundo moderno, junto com a indispensabilidade da narrativa para a conquista do significado, que se centra o presente ensaio.
- ⁴ Textos prescritivos alteram seu significado a cada novo épico que nós escolhemos revisitar. Nesse sentido, cada nova redação da Constituição cria um “novo” texto. Quando o texto se prova incapaz de assimilar os significados das novas narrações que, de toda forma, são constitutivos de significado, as pessoas criam novos textos – elas emendam a Constituição. Assim, a adoção das 13^a, 14^a e 15^a Emendas pode ser vista como a criação de novos textos ajustados a novos épicos constitutivos. Mas outros modos de criação textual podem ser menos “oficiais” e mais perigosos. A profunda divisão sobre os épicos constitutivos pode levar a textos prescritivos secessionistas – prescrições concorrentes que acompanham narrativas concorrentes. Compare-se o art. IV, § 2, cl. 1 da Constituição dos Estados Confederados da América (que estipulava que um escravo não pode se tornar livre ao acessar um território livre), com o art. IV, § 2, cl. 3 da Constituição dos Estados Unidos (cláusula do escravo fugitivo). Para o contexto narrativo desse conflito prescritivo, ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 86-88, 284 (1975).
- ⁵ Essas colocações são similares, se não idênticas, àquelas feitas pelo falecido Lon Fuller em L. FULLER, *THE LAW IN QUEST OF ITSELF* (1940).
- ⁶ Ver, por exemplo, WHITE, *The Value of Narrativity in the Representation of Reality*, em ON NARRATIVE, p. 1, 20 (ed. W. Mitchell, 1981) (“Eu sugiro que a demanda pelo fechamento de uma ‘história histórica’ é uma demanda por significado moral, uma demanda em que as sequências de eventos reais podem ser acessadas por sua significância enquanto elementos de um drama *moral*”); ver, nesse sentido, a nota 23 (sugerindo-se que a demanda pelo fechamento na representação dos “eventos reais” “surge de um desejo de os eventos reais demonstrarem coerência, integridade, completude e fechamento de uma imagem de vida que é, e somente pode ser, imaginária”).
- ⁷ Existe uma intensa contextualidade para todas as situações morais. Cf. C. GEERTZ, *THE INTERPRETATION OF CULTURES*, p. 5 (1973) (“O homem é um animal suspenso em uma teia de significados que ele mesmo produziu”). Para discussões sobre os “textos sociais” que formam esse contextos, ver C. GEERTZ, *NEGARA* (1980); FISS, *Objectivity and*

Esse *nomos* é tanto o “nosso mundo” quanto o universo físico de massa, energia e ímpeto. De fato, nossa percepção da estrutura desse mundo normativo não é menos fundamental que nossa avaliação da estrutura do mundo físico. Assim como o desenvolvimento de respostas crescentemente complexas para os atributos físicos de nosso mundo começa com nosso próprio nascimento, também se estabelece o desenvolvimento paralelo das respostas de alteridade (*otherness*) que definem o mundo normativo⁸.

As grandes civilizações jurídicas foram marcadas por algo além das virtudes técnicas no tratamento de problemas práticos, por algo mais do que elegância ou poder retórico na composição de seus textos, por algo mais que a própria genialidade na invenção de novas formas para novas controvérsias. Uma grande civilização jurídica é marcada pela riqueza do *nomos* no qual ela está situada e que ela ajuda a constituir⁹. Os variados e complexos materiais desse *nomos* estabelecem paradigmas para obediência, consentimento, contradição e resistência. Esses materiais apresentam não somente corpos normativos ou doutrinas que serão compreendidos, mas também mundos que serão habitados. Habitar um *nomos* significa saber como *viver* nele¹⁰.

Interpretation, 34 STAN. L. REV. 739 (1982). Sobre a angústia que cerca toda interpretação, ver H. BLOOM, *THE ANXIETY OF INFLUENCE* (1973). O denso contexto da teoria literária e da política é examinado em Q. SKINNER, *FOUNDATIONS OF MODERN POLITICAL THOUGHT* (1978). No que se refere ao papel central da história e da pessoa humana na análise do direito, ver J. NOONAN, *PERSONS AND MASKS OF THE LAW* (1976).

⁸ Ver, por exemplo, E. ERIKSON, *CHILDHOOD AND SOCIETY* 247 (1950); L. KOHLBERG, *THE PHILOSOPHY OF MORAL DEVELOPMENT* (1981); J. PIAGET, *THE MORAL JUDGMENT OF THE CHILD* (1932); J. PIAGET, *PLAY, DREAMS AND IMITATION IN CHILDHOOD* (1962). Para uma definição teórica estendida das implicações da “alteridade” [*otherness*], ver J. BOWLBY, *ATTACHMENT AND LOSS* (1969-1980), p. 1-3, especialmente v. I, p. 177-298 (1969). É instrutivo notar as similaridades estruturais das teorias do desenvolvimento, tais como aqueles de Piaget, Erikson, Bowlby e Kohlberg, que incluem componentes emocionais, sociais e morais. Todos sublinham um sistema no qual o desenvolvimento possui uma dependência fisiológica, somática, junto da percepção da existência de objetos abstratos e culturais. Um desenvolvimento similar implica a construção de um conceito como o de “*espaço*”. Ver, por exemplo, J. PIAGET & B. INHELDER, *THE CHILD'S CONCEPTION OF SPACE* (1967).

⁹ As civilizações jurídicas grega e hebraica são lembradas por nós, majoritariamente, por seu uso magnífico da narrativa para explorar as grandes questões normativas no que se refere ao uso técnico preciso em uma controvérsia de importância menor. Para tanto, ver *infra* ponto B (discussão de textos bíblicos). Para uma visão (possivelmente idiosincrática) da integração dos ideais gregos de direito e justiça com as grandes conquistas culturais da antiga civilização helênica, ver W. JAEGER, *PAIDEIA* (1939-1943), p. 1-2, especialmente Livro I (1939).

¹⁰ Eu sugiro uma tênue correspondência entre a compreensão de Kuhn da “ciência” não como um corpo de proposições sobre o mundo, tampouco como um método, mas como paradigmas integrando método, crença e proposição – como uma criação. Ver T. KUHN,

O problema do “significado” no direito – da hermenêutica jurídica ou interpretação – é comumente associado com um tipo de problema, bastante restrito, que confronta os operadores do direito e aqueles que buscam prever, controlar ou lucrar com o comportamento oficial¹¹. Uma decisão deve ser realizada a partir da incidência de um instrumento legal. “Um avião ou um carrinho de bebê seriam ambos ‘veículos’ nos limites do significado do regulamento proibindo veículos em parques?”; “O regulamento que estipula o salário mínimo por hora representa a negação à liberdade de propriedade ignorando o devido processo legal?”. Convencionalmente, entende-se que ao se classificar algo como “X” se segue determinada consequência. Existe uma disputa sobre o critério apropriado para essa classificação¹². Tais problemas de aplicação oficial de preceitos legais forma um importante corpo de questões sobre o significado do direito. Mas eu quero enfatizar um conjunto muito diferente de problemas.

O universo normativo é mantido unido pela força de compromissos interpretativos – alguns pequenos e privados, outros imensos e públicos.

THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS (1962); M. POLANYI, PERSONAL KNOWLEDGE (1958).

¹¹ Os problemas tradicionais são delineados em W. BISHIN & C. STONE, LAW, LANGUAGE AND ETHICS (1972). Mesmo aqueles que expandiram os conceitos da hermenêutica consideraram a hermenêutica jurídica, em grande medida, como um conjunto de problemas operacionais. Ver, por exemplo, H. GADAMER, TRUTH AND METHOD (trad. de G. Barden & J. Cumming, 1975). Gadamer escreveu o seguinte, ao comentar uma prática que eu presumo que ele pensou ser característica das formas da dogmática e da teoria do direito continentais: “A hermenêutica jurídica não pertence a esse contexto [a uma ‘teoria geral de compreensão e interpretação dos textos’], pois não é seu propósito a compreensão de textos dados, mas de servir de medida prática para auxiliar a preencher um tipo de lacuna no sistema da dogmática jurídica.” Ver H. GADAMER, TRUTH AND METHOD, p. 289 (trad. de G. Barden & J. Cumming, 1975). Toda a discussão sobre hermenêutica jurídica levada a cabo em *Verdade e método* é decepcionantemente provinciana em muitas formas. Em primeiro lugar, é inteiramente estatista e, com isso, não enfrenta a questão dos problemas hermenêuticos identificados em todos os sistemas que contam com textos normativos objetivos (tanto estatistas quanto não-estatistas). Mas ele também não trata da questão da destruição da hermenêutica em razão da natureza necessariamente apologética da oficialidade. Em *Verdade e método*, por fim, o problema da aplicação é visto como a dificuldade característica. Assim, mesmo quando Gadamer nega a possibilidade de uma aplicação direta da legislação geral para fatos específicos, ele discute o “problema” da hermenêutica jurídica como se estivesse tratando desse problema. Ver por exemplo, H. GADAMER, TRUTH AND METHOD, p. 471 (trad. de G. Barden & J. Cumming, 1975) (“A distância entre a universalidade da lei e da situação jurídica concreta em um caso particular é, obviamente, essencialmente insolúvel”). Vários dos problemas enfrentados nesse ensaio foram sugestivamente tratados por James White, primeiro em J. WHITE, THE LEGAL IMAGINATION (1973), e mais tarde em WHITE, *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, 60 TEX. L. REV. 415 (1982). Eu possuo uma dívida de gratidão com o Professor White pela forma com a qual ele explorou o alcance das funções constitutivas de significado no discurso jurídico.

¹² Ver W. BISHIN & C. STONE, LAW, LANGUAGE AND ETHICS (1972) (coletânea de casos e materiais).

Esse compromisso – que envolvem funcionários públicos e outras pessoas – determinam o que o direito significa e o que o direito deve ser¹³. Se existissem duas ordens jurídicas com os mesmos preceitos jurídicos e padrões de violência pública – idênticos e previsíveis –, elas iriam necessariamente divergir, essencialmente, quanto ao seu significado se, em uma das ordens, os preceitos fossem universalmente venerados, enquanto na outra eles fossem considerados por muitos como fundamentalmente injustos¹⁴.

Devo enfatizar que não estou descrevendo a distinção entre “direito em ação” (“*law in action*”) e “direito nos livros” (“*law in the books*”). Certamente, a lei pode ser aplicada com sucesso mas, ao mesmo tempo, causar forte ressentimento. É um fato sombrio de nosso mundo que muitos cidadãos acreditam que, com *Roe v. Wade*¹⁵, a Suprema Corte deu permissão para a morte de seres humanos absolutamente inocentes. Outros acreditam que o recuo em *Furman v. Georgia*¹⁶ marca o início do período de oficial assassinato de estado. Mesmo que o horror e o ressentimento sentido por tais pessoas falhe em se manifestar no padrão das decisões dos tribunais e na sua aplicação, o significado do mundo normativo se altera com esses eventos. Tanto para aqueles que se opõem ao aborto quanto para aqueles que se opõem à pena capital, o princípio de que “nenhuma pessoa será privada de sua vida sem a observância do devido processo legal” assumiu um verniz irônico. O futuro desse preceito em específico deve carregar essa ironia, tanto como os próprios precedentes de *Roe* e *Furman*.

Assim como o significado do direito é determinado pelos nossos compromissos interpretativos, também podem muitas de nossas ações serem entendidas somente em relação à norma. Preceitos normativos e princípios não são apenas demandas que recaem sobre nós formuladas pela sociedade, pelo povo, pelo soberano ou por Deus. Elas são também sinais

¹³ Sobre o compromisso, ver *infra* ponto III.

¹⁴ Nós comumente expressamos, e por vezes confundimos, nossa percepção dessa diferença através de uma projeção cronológica de uma distinção ontológica. Nós falamos de uma ordem jurídica como “decadente” ou “em desintegração” e, frequentemente, acreditamos que essa qualificação *irá fazer a diferença* – que irá trazer a mudança com o passar do tempo. Essa projeção em direção à cronologia irá implicar uma profecia, obviamente, mas eu sugeriria que ela é frequentemente uma metáfora (as proposições são tão vagas que elas nunca são seriamente testadas) para a deficiência que nós acreditamos ter herdado em determinada situação.

¹⁵ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁶ 408 U.S. 238 (1972).

pelos quais cada um de nós se comunica com os outros. Existe uma diferença entre dormir até tarde nos domingos e recusar os sacramentos¹⁷, entre fazer um lanche e desrespeitar o jejum de Yom Kippur¹⁸, entre depositar um cheque e se recusar a pagar o seu imposto de renda. Em cada caso, um ato significa algo novo e poderoso quando nós entendemos que o ato tem como referência uma norma. É essa característica de transgredir a lei que dá origem às reivindicações específicas dos desobedientes civis. Mas a capacidade do direito em dotar a ação de significado não é limitada à resistência ou à desobediência. O direito é um recurso de significação que nos possibilita submeter¹⁹, regozijar, lutar²⁰, perverter, zombar²¹, desgraçar, humilhar ou dignificar²². O sentido com que nós construímos nosso mundo normativo, então, não se exaure quando especificamos os padrões das demandas que repousam sobre nós, mesmo com cada uma delas explicadas por Hércules para constituir uma resposta internamente consistente e justificada. Nós construímos significado em nosso mundo normativo ao

¹⁷ Ver, por exemplo, W. STEVENS, *Sunday Morning*, em THE COLLECTED POEMS OF WALLACE STEVENS, p. 66-70 (1954).

¹⁸ Esse ponto pode ser ilustrado na descrição de Irving Howe do radicalismo iídiche no Lower East Side:

Que os anarquistas e os social-democratas optem por demonstrar sua liberdade de superstição realizando desfiles na noite de Yom Kippur, o momento mais sagrado do calendário judaico, mostrou não somente falta de sensibilidade, mas também a extensão na qual a fé tradicional dominou aqueles que a negam.

I. HOWE, *WORLD OF OUR FATHERS*, p. 106 (1976).

¹⁹ Sobre dominação e submissão, ver Hay, *Property, Authority and the Criminal Law*, em D. HAY, P. LINEBAUGH, J. RULE, E. THOMPSON & C. WINSLOW, *ALBION'S FATAL TREE* 17 (1975).

²⁰ Ver, por exemplo, R. KLUGER, *SIMPLE JUSTICE* (1975).

²¹ A história de Gary Gilmore proporciona um poderoso exemplo do uso da lei para zombaria. Ver N. MAILER, *THE EXECUTIONER'S SONG* (1979).

²² A gama expressiva do direito é profunda e, assim como com outros recursos da linguagem, a relação do conteúdo manifesto do direito com seu significado é frequentemente complicada. Considere-se a questão do uso da pena capital para expressar a dignidade da vida humana e sua validade última:

Essa visão da singularidade e da supremacia da vida humana possui ainda outra consequência. Ela coloca a vida além do alcance de outros valores. A ideia de que a vida pode ser medida em termos de dinheiro (...) é excluída. Qualquer forma de compensação é descartada. A culpa do assassino é infinita porque a vida do assassinado é inestimável. (...) O efeito dessa visão é certamente paradoxal: em razão da vida humana ser inestimável, tomar essa vida implica a aplicação da pena de morte. De toda forma, o paradoxo não deve nos cegar para o julgamento de valor que o direito busca corporificar.

GREENBERG, *Some Postulates of Biblical Criminal Law*, em *THE JEWISH EXPRESSION*, p. 18, 26 (ed. J. Goldin, 1970) (nota de rodapé omitida).

usar a ironia da jurisdição²³, a comédia dos costumes que é *malum prohibitum*²⁴, a epistemologia surrealista do devido processo²⁵.

A tradição jurídica é, portanto, parte integrante de um mundo normativo complexo. A tradição não inclui somente um *corpus juris*, mas também uma linguagem e uma mitologia – narrações que situam o *corpus juris* sobre aqueles que expressam suas vontades através dele. Esses mitos estabelecem os paradigmas para o comportamento. Eles constroem relações entre o universo normativo e o material, entre as restrições da realidade e as demandas por uma ética. Esses mitos estabelecem um repertório de movimentos – um léxico de ação normativa – que podem ser combinados em padrões de significado derivados de estruturas de significado herdadas do passado. Esse significado normativo que herdamos dos padrões do passado vai ser encontrado na história da doutrina jurídica ordinária em funcionamento nos negócios quotidianos; nas aspirações utópicas e messiânicas, formas imaginárias próprias de uma realidade menos resistente; nas apologias do poder e do privilégio e nas críticas que podem ser levantadas às iniciativas de justificação das normas jurídicas. O direito pode ser observado como sistema de tensão ou como ponto ligando um conceito de realidade a uma alternativa imaginada – isto é, como um conector entre dois estados-de-coisas, ambos os quais podem ser representados no seu significado normativo somente através de dispositivos narrativos²⁶. Assim, um elemento constitutivo de um *nomos* é o fenômeno que George Steiner denominou “alternidade” (“*alternity*”): “o ‘outro que não é’, as proposições contra-factuais, as imagens, as formas da vontade e da subversão com as quais nós construímos nossa existência mental e

²³ Ver, por exemplo, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). *Marbury* é um exemplo particularmente poderoso de um fenômeno comum. Toda denegação de jurisdição de um tribunal é uma afirmação do poder de *determinar* a jurisdição e, com isso, de constituir a norma.

²⁴ Com o reconhecimento, já bem desenvolvido no pensamento grego antigo, da relatividade e do caráter essencialmente contingente de muito da percepção de qualquer sociedade, surge a possibilidade de se zombar dos preceitos específicos de uma sociedade e, especialmente, do grande investimento que as estruturas da autoridade fazem em algo que não possui necessária relação (*malum in se*) com os grande e potencialmente trágicos choques entre o bem e o mal. Quando o demônio é nossa própria criação, ele se torna cômico.

²⁵ Ver G. GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW III* (1977) (“No inferno não haverá nada a não ser a lei, e o devido processo legal será meticulosamente observado.”).

²⁶ Ver WHITE, *The Value of Narrativity in the Representation of Reality*, em *ON NARRATIVE*, p. 1, 20 (ed. W. Mitchell, 1981).

através das quais construímos a mudança, em um ambiente amplamente fictício, de nossa existência somática e social”²⁷.

Mas o conceito de *nomos* não se reduz a essa alternidade (“*alternity*”); ele não é utopia, tampouco pura visão. Um *nomos*, como um mundo normativo, implica a aplicação da vontade humana para um estado de coisas existente, assim como em direção às nossas visões de futuros alternativos. Em outras palavras, um *nomos* é um mundo presente constituído por um sistema de tensão entre realidade e visão.

É possível dizer que as nossas visões mostram a realidade de uma forma “irredimida” (*unredeemed*). Os mundos alternativos de nossas visões – o leão deitado com o cordeiro, o credor perdendo dívidas a cada sétimo ano, o estado dissolvido e carcomido – geralmente não dão indícios de esforços direcionados à reforma ou à transformação. Mas o direito proporciona uma visão de profundidade para seu campo ao colocar em destaque as demandas mais imediatas, enquanto coloca outras controversias na sombra do milênio. Com isso, o direito é aquilo que autoriza determinadas transformações violentas, com derramamento de sangue, ao mesmo tempo em que autoriza outras reformas somente a partir de consenso e unanimidade. O direito é a força, assim como a gravidade, através da qual nossos mundos exercem influências uns sobre os outros, e essa força afeta o curso desses mundos através de um espaço normativo. Em outras palavras, o direito é aquilo que separa nossa realidade de nossas visões, salvando-nos da escatologia, identificada como a colisão nesse mundo social e material de construção de nossas mentes.

Os códigos que ligam o nosso sistema normativo às construções sociais da realidade e às visões do que o mundo poderia ser possuem natureza narrativa. A própria imposição de uma força narrativa sobre o estado de coisas, real ou imaginário, é um ato de criação normativa. Os vários gêneros de narrativa – história, ficção, tragédia, comédia – têm em comum a característica de ser a soma do estado de coisas afetado pela força de um campo normativo. Viver em um mundo normativo requer que uma pessoa tenha conhecimento não somente dos preceitos jurídicos básicos, mas também de suas conexões possíveis com a realidade social. Isso faz

²⁷ G. STEINER, AFTER BABEL, p. 222 (1975).

com que o indivíduo integre não somente o “ser” e o “dever-ser”, mas o “ser”, o “dever-ser” e o que “poderá-ser”. Portanto, a narrativa também integra esses domínios. Em outras palavras, as narrações são os modelos pelos quais estudamos e experienciamos as transformações que resultam num singelo estado de coisas que atravessou o campo de força de um simples conjunto normativo.

A intelegibilidade do comportamento normativo é inerente ao caráter comunitário das narrativas que proporcionam o contexto dessas próprias condutas sociais. Qualquer pessoa que vive uma vida normativa absolutamente alienada poderia ficar irada com essa afirmação. Isso porque o papel que você ou eu escolhemos jogar no mundo social pode ser singular, mas o fato de nós podermos identificar um “roteiro” comum torna essa existência “sã” – uma comprovação cabal de que nós compartilhamos um *nomos*²⁸.

Na segunda parte desse ensaio, devo primeiramente contrastar uma forma ideal de criação de um *nomos* – de um mundo normativo concebido simplesmente como significado normativo – com as noções mais comuns do direito como controle social. Em seguida, elaborarei a ideia pouco habitual de um *nomos* através de extensa ilustração do uso de textos bíblicos. Essa escolha se justifica pelo fato de a Bíblia constituir um *corpus* circunstancialmente convencionado de materiais prescritivos e narrativos que podem servir como modelo artificial simplicado. Dessa forma, na seção seguinte será aplicado esse arquétipo para problemas mais complexos de criação de significado constitucional – problemas com os quais nos deparamos em nossos próprio mundo –, mas com foco na criação de tal significado fora dos tribunais estatais. São exploradas duas versões do *nomos*, a insular e a redentora (*redemptive*). Na terceira parte, então, é feita a introdução ao papel especial do compromisso (*commitment*) para se encontrar consenso em relação a um significado normativo; isso contrasta com a natureza dos compromissos necessários de parte de comunidades que defendem um significado jurídico diametralmente oposto à natureza do significado afirmado pelos juízes estatais. Por fim, a conclusão da quarta

²⁸ A garantia de sanidade equivale a tanto quanto o progresso social que ela gera. Eu percebo a diferença, contudo, entre os ultrajes coletivos que por vezes etiquetamos como loucura e o ato idiossincrático de um indivíduo.

parte apresenta uma crítica, baseada nos princípios e métodos do desenvolvimento construído no decorrer desse trabalho, do caso *Bob Jones University v. United States*²⁹.

II MUNDOS NORMATIVOS E SIGNIFICADO JURÍDICO

O *nomos* que acabei de descrever não necessita do estado. A tese deste estudo, na verdade, baseia-se na convicção de que a criação de significado jurídico – “jurisgênese” (“*jurisgenesis*”) – ocorre sempre através de um ambiente essencialmente cultural³⁰. Mesmo que o estado não seja necessariamente o criador do significado jurídico, o processo criativo é coletivo ou social. Na próxima seção, eu irei sugerir que assim que se forma uma base social para a ocorrência da jurisgênese, ocorre precisamente o oposto, pois a correspondente base social necessária para esse processo é usada para destruir o significado jurídico em nome do controle social.

A. Jurisgênese

De acordo com uma das mais antigas tradições rabínicas do judaísmo, “Simão, o Justo (200 a.c.), disse que o mundo se sustenta sobre três coisas: sobre a Torá, sobre o serviço de adoração no templo e sobre os atos de bondade”³¹.

²⁹ 103 S. Ct. 2017 (1983).

³⁰ O estado se torna central no processo não porque ele é adequado para a *jurisgênese* ou porque os processos culturais de dotação de significado da atividade normativa cessem seus efeitos na presença do estado. O estado se torna central não somente porque, como eu argumentarei na parte III, o ato de comprometimento é um aspecto central do significado jurídico. E a violência é uma medida extremamente poderosa e um teste de comprometimento.

³¹ MISHNÁ, *Avót* 1:2. A identidade precisa e as datas exatas em que Simão, o Justo, viveu são desconhecidas. Atualmente, a maior parte dos estudiosos acredita que ele era o Alto Sacerdote Simão II – filho de Onias II – que favoreceu os Seleucidas em sua tentativa de livrar a Judéia do jugo da dinastia ptolomeica. Ver *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, v. 14, p. 1566-1567 (1972). Para um estudo crítico e histórico do aforismo de Simão, o Justo, ver GOLDIN, *The Three Pillars of Simneon the Righteous*, 27 *AM. ACAD. FOR JEWISH RESEARCH PROC.* 43 (1958).

A palavra hebraica *Torá* foi traduzida para o grego como *nomos* na Septuaginta, na escritura grega e nos escritos posteriores e vertida na palavra inglesa “*the Law*”. *Torá*, assim como “*nomos*” e “*the Law*”, adéqua-se a uma ampla gama de significados que servem tanto para enriquecer o termo quanto para obscurecer sua análise. Em particular, todos esses três termos fazem referência à polêmica de Paulo contra a Lei. A “*Torá*” hebraica faz uma dupla referência à lei no sentido de um corpo de regulações e, por extensão, a um *corpus* de todos os materiais normativos relacionados e ao ensino e ao aprendizado dessas fontes primárias e secundárias. Dentro da totalidade desse sentido extensivo, o termo abarca a própria vida, ou ao menos sua dimensão normativa, e “*Torá*” é utilizado somente com tal extensão figurativa na linguagem rabínica posterior. Para a discussão sobre sentidos de “*Torá*”, ver E. URBACH, *THE SAGES*, p. 286 (1979). A palavra *Torá* também possui a conotação de um cânone de autoridade normativa e seu estudo. Para uma observação contrastante, na qual o uso nas primeiras fontes das escrituras de

O “mundo” referido por Simão, o Justo, era o *nomos*, o universo normativo. Trezentos anos depois, após a destruição do Templo, onde realizava-se o serviço de culto e que era um dos pilares sobre o qual repousava o “mundo” de Simão, o Justo, o Rabino Simão ben Gamaliel disse: “sobre três coisas o mundo [continua a] existir: sobre justiça, verdade e paz”³².

Esses dois aforismos são citados em um único capítulo do tratado talmúdico *Avót* e capturam o conteúdo deste capítulo. Joseph Caro, o grande codificador do século XVI, comentador e místico, escreveu o seguinte sobre os aforismos:

Simão, o Justo, falou no contexto de sua geração quando o Templo ainda estava de pé, e o Rabino Simão ben Gamaliel, no contexto de sua geração após a destruição de Jerusalém. Com isso, o Rabino Simão ben Gamaliel ensinou que apesar de o Templo não existir mais e, portanto, tampouco o serviço de culto, e mesmo que o jugo do exílio impeça que nos engajemos na Torá [estudo da lei divina e instrução] e em atos de bondade como gostaríamos, no entanto, o universo [normativo] continua a existir em razão das virtudes desses três outros elementos [justiça, verdade e paz], e que são similares aos primeiros três. Porque existe diferença entre a [força necessária para] a preservação daquilo que já existe e a [força necessária para] a realização daquilo que anteriormente sequer havia existido. (...) Assim, teria sido impossível criar o mundo tendo como base os três princípios do Rabino Simão ben Gamaliel. Entretanto após o mundo ter sido criado sobre as bases das três coisas elencadas por Simão, o Justo, ele ainda pode continuar a existir sobre os alicerces dos três elementos do Rabino Simão ben Gamaliel³³.

A introspecção de Caro é importante. As virtudes universais que nós gradualmente identificamos com o liberalismo moderno, os grandes princípios que orientam nosso direito, são forças essencialmente “débeis” de manutenção de nosso sistema. Essas virtudes são justificadas pela necessidade de assegurar a coexistência de mundos dotados de forte

“Torá” era sempre feito no singular na escrita do Deuteronômio, “de acordo com a noção de uma Torá canonizada”, ver M. WEINFELD, DEUTERONOMY AND THE DEUTERONOMIC SCHOOL, p. 338 (1972). Certamente, nos escritos pós-bíblicos o aparecimento de “Torá” no plural possui um poder extraordinário, pouco usual e expressivo. Ver, por exemplo, “*The Beraitha of Rabbi Jose*”, no TALMUD BABILÔNICO, *Sinédrion* 88b.

³² MISHNÁ, *Avót* 1:18.

³³ J. CARO, BEIT YOSEF em TUR: HOSHEN MISHPAT, p. i (tradução de R. Cover). Para um estudo biográfico útil de Caro, ver R. WERBLOWSKY, JOSEPH KARO, LAWYER AND MYSTIC (1962). Sobre o significado do *Beit Yosef*, ver ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, v. 5, p. 1951-1996 (1971).

significado normativo. Os sistema de vida normativa que eles mantêm são o produto das forças “fortes”: modelos específicos de cultura de significado particularista. Para Caro, essas forças “fortes” – “Torá, culto e atos de bondade” – *criam* os mundos normativos em que o direito é preponderantemente um sistema de significado em vez de imposição de força.

O comentário de Caro e os aforismos que observa sugerem dois padrões típico-ideais correspondentes para combinar *corpus*, discurso e compromisso interpessoal para formar um *nomos*. O primeiro desses padrões, que de acordo com Caro seria criador do mundo, eu chamarei de “paidéico”, porque o termo sugere: (1) um corpo comum de preceitos e narrações, (2) um modo comum e pessoal de ser educado nesse *corpus*, e (3) um senso de direção ou crescimento que é constituído na forma com que o indivíduo e sua comunidade trabalham as implicações de seu direito. O direito como Torá é pedagógico. Ele requer a disciplina de estudo e a perspectiva de compreensão em direção ao futuro que é a atividade interpretativa. A obediência é correlata à compreensão. Como resultado, surge um discurso introdutório e celebratório, expressivo e performativo, em detrimento de algo crítico ou analítico. Os compromissos interpessoais são caracterizados pelo entendimento recíproco, pelo reconhecimento de que os indivíduos possuem necessidades particulares e obrigações importantes que demandarão respostas específicas de cada pessoa. Naturalmente, tal visão não é unicamente rabínica ou ancestral³⁴. A visão de uma comunidade forte com obrigações comuns foi também o coração do que os cristãos conceberam como Igreja.

O segundo padrão típico-ideal, que encontra sua expressão completa na sociedade civil, é o padrão “mantenedor do mundo” (“*world maintaining*”)³⁵. Eu chamarei esse padrão de “imperial”³⁶. Nesse modelo, as

³⁴ De fato, alguém poderia questionar a aplicação do que estudiosos julgaram ser um distintivo conceito grego para a substancialmente diferente civilização judaica do mundo antigo. Cf. W. JAEGER, *EARLY CHRISTIANITY AND GREEK PAIDEIA* (1961) (discussão sobre a interação entre as tradições intelectuais grega e judaica no cristianismo primitivo). Para uma aplicação do termo “paideia” para a civilização centrada na Torá dos judeus, ver B. SEPTIMUS, *HISPANO-JEWISH CULTURE IN TRANSITION: THE CAREER AND CONTROVERSIES OF RAMAH*, p. 3 (1982) (descrição de Ramá como figura “nascida na antiga aristocracia de Andaluzia e educada na melhor tradição da *paideia* judeo-arábica”).

³⁵ Tomei emprestado o termo mas não o conceito de Berger. Ver P. BERGER, *THE SACRED CANOPY*, p. 29, (1967). Berger posiciona uma função de controle social que responde pela conquista de um “mundo” socialmente construído. O precário “mundo” é ameaçado

normas são universais e as instituições utilizam da *coerção*. Elas sequer precisam ser ensinadas, desde que elas possuam eficácia social. O discurso está baseado na objetividade – sobre aquilo que é externo ao discurso em si. Os compromissos interpessoais, nesse padrão, são fracos, uma vez que alicerçados no cumprimento de obrigações minimalistas voltadas a evitar a coerção e a violência, o que torna impossível o modo objetivo do discurso e a aplicação imparcial e neutra das normas.

Karl Barth, ao escrever sobre o comunidade cristã e a comunidade civil, destacou a ausência de uma pressão normativa forte na construção normativa de mundo que está presente na Igreja e, eu adicionaria, em outras comunidade paidéicas:

A comunidade civil engloba todos os que habitam em seu território. Seus membros não compartilham qualquer consciência comum no que se refere à sua relação com Deus e, com isso, tal consciência religiosa não pode servir como elemento do sistema jurídico estabelecido pela comunidade civil. Em outras palavras, não é autorizado o recurso à Palavra ou ao Espírito de Deus na condução dos assuntos da comunidade. A comunidade civil como tal é espiritualmente cega e ignorante, ela não possui fé, nem amor ou esperança. A comunidade civil não possui credo ou evangelho. A oração não figura como parte de sua vida e seus membros não são irmãos e irmãs³⁷.

A ênfase de Barth está na ausência de ligações interpessoais fortes, de significados comuns encontrados no compartilhamento ritual ou religioso, e de um *corpus* comum – Torá, credo ou evangelho – que é ensinado, no qual se acredita e que é reconhecido como força normativa dinâmica da comunidade.

“pelos fatos humanos de interesse próprio e de estupidez”. Sem contestar Berger, gostaria de registrar que o argumento que irei construir é um tanto diferente. As bases sociais para construção do mundo são estreitas, e nós construímos muitos “mundos”. O problema da “manutenção do mundo” é um problema de *coexistência* de diferentes mundos e um problema de regulação de mundos em ruptura.

³⁶ O termo “imperial” pode não ser ideal. Ao utilizá-lo, minha intenção é sugerir a organização de distintas entidades nômicas, assim como um império pressupõe subunidades que possuem certo grau de autonomia jurídica e cultural. O pluralismo é obviamente algo muito próximo do que estou tentando transmitir. Porém, pode existir um pluralismo de interesses e objetivos. Ele não necessariamente implica ou mesmo sugere um pluralismo do significado jurídico, que é a minha principal preocupação. Também se encaixa aqui o caráter levemente negativo da conotação “imperial”, sua associação direta com a violência é proposital. Gostaria de fornecer às virtudes de “justiça, verdade e paz” o que lhes é devido, mas também quero sugerir que o preço pago é frequentemente a coerção imposta sobre a realização autônoma dos significados normativos.

³⁷ K. BARTH, *The Christian Community and the Civil Community*, em COMMUNITY, STATE AND CHURCH, p. 149, 151 (1960).

Obviamente, nunca um mundo normativo foi criado ou conseguiu se manter íntegro nos modelos paidéico ou imperial. Não estou escrevendo sobre tipos de sociedades, em vez disso, procuro isolar no discurso as bases coexistentes dos distintos atributos de todos os mundos normativos. Qualquer *nomos* deve ser paidéico na medida em que ele contém dentro de si o caráter comum de significado, tornando possível a atividade normativa continuada no tempo. O direito deve ser significativo ao ponto de permitir que aqueles que vivem juntos possam expressar a si mesmos com e em respeito a ele. Isso implica fundar-se em comportamentos previsíveis e no fornecimento de significado para os comportamentos que fujam da conduta ordinária.

Ainda assim, a partir do fluxo de nossos verdadeiros compromissos comuns, nós podemos ter a intenção de destilar uma essência mais pura de unidade, criando em nossas imaginações um *nomos* completamente transparente – construído com cristais completamente puros. Nesse *nomos* transparente, aquilo que deve ser feito – o significado daquilo que deve ser feito e as raízes de nossos compromissos comuns – não necessita de explicação, de nenhuma interpretação, resta óbvio de uma vez por todas. Esse significado normativo não pode abrigar meras interpretações enquanto restar revelado. O sentido compartilhado de uma ordem normativa revelada e transparente corresponde ao tipo ideal do *nomos* paidéico.

O *corpus* normativo ordenado divinamente, o ritual comum e as fortes obrigações interpessoais que – juntos – formam a base dessa ordem normativa paidéica podem ser, de fato, potentes. Esses fatores se combinam para criar preceitos e princípios suficientes para preencher nossas vidas, assim como para fazer caber esses preceitos nas narrativas comuns, de modo a colocar o grupo social em relação com o cosmos, com seus vizinhos e com o mundo natural. Dessa forma, os preceitos não somente estão lá – como eles também estão inseridos na ampla gama conotativa que somente um conjunto integrado de narrativas pode proporcionar.

Mas a própria “jurispatência” (“*jurispatence*”) de tal visão constitui sua própria ameaça. Caso houvesse alguma ordem normativa puramente paidéica por um momento fugaz, um filósofo certamente emergiria para

desafiar a ilusão de sua identidade com a verdade³⁸. A unificação do significado que se situa no seu centro existe somente por um instante, e esse instante é imaginário. As diferenças surgem imediatamente a respeito do significado das crenças, o conteúdo da oração comum e da identidade daqueles que são irmãos e irmãs. Contudo, mesmo o momento imaginado de significado unificado é como uma semente, um *DNA* normativo, um código genético pelo que a integração *imaginária* se apresenta como plataforma para milhares de integrações reais do *corpus*, do discurso e do compromisso³⁹. Essa integração real do *corpus*, então, ocorre em torno de constelações particulares de fé e ritual – Torá e culto ao Templo – comungadas por irmãos e irmãs. Com isso, ao seu consenso em torno da fé e do ritual se adiciona um entendimento comum sobre suas relações com os primórdios, o imaginário e a verdade unitária, ocorridos em um instante de um tempo imemorial.

Desse modo, é o próprio ato de constituição de comunidades firmemente conectadas quanto aos rituais comuns e ao direito que se apresenta como *jurisgenerativo* (*jurisgenerative*) em um processo de mitose jurídica. Isso porque o novo direito é constantemente criado através da separação sectária das comunidades. A “Torá” se torna duas, três Torás, tantas quanto existirem professores para ensiná-las e estudantes para estudá-las⁴⁰. A instabilidade radical do *nomos* paidéico força as

³⁸ Pode-se argumentar que o estranho maquinário de desvios (*machinery of indirection*) que sugere Platão em *As leis* é, de fato, um mecanismo para desviar tal ataque filosófico para o significado coeso de mitos e preceitos integrados. Ver Pangle, *Interpretive Essay* em PLATO, *THE LAWS OF PLATO*, p. 375 (trad. de T. Pangle, 1980).

³⁹ O “instante” imaginado é o momento no qual o *nomos* aparece de forma mais transparente. Tal visão pode aparecer como mística, mas parte da fenomenologia do misticismo em sua universabilidade exotérica – que a torna lei e não experiência. A teofania, como um evento essencialmente normativo, pode atrair perplexidade e complexidade, mas não pode ser exotérica ou gnóstica. Não causa espécie que, nas tradições místicas do judaísmo, as manifestações divinas na criação (*ma’aseh b’reishit*) e na visão de Ezequiel na carruagem (*ma’aseh merkavah*) tenham jogado o papel central nas tradições místicas esotéricas ou gnósticas, enquanto a igualmente ou mais dramática revelação do Sinai se situa no coração de uma tradição interpretativa pública, predominantemente esotérica. Sobre as tradições esotéricas, ver, em geral, G. SCHOLEM, *MAJOR TRENDS IN JEWISH MYSTICISM* (ed. rev. 1946). Para uma magnífica coleção da tradição midráshica esotérica sobre o Sinai, ver S. AGNON, *ATEM RE’ITEM* (1958-1959). A posição do Sinai no âmago de uma tradição exegética aberta, no que se refere à narração e seu significado, é a base de encaixe para a evolução da lei judaica (*halachá*), pois “a halachá é uma disciplina esotérica”. I. TWERSKY, *RABAD OF POSQUIÈRES, A TWELFTH CENTURY TALMUDIST*, p. xxiii (ed. rev. 1980).

⁴⁰ Ver TALMUD BABILÔNICO, *Sinédrrio* 88b. “Originalmente, não havia tantas disputas em Israel (...) Mas quando os discípulos de Shammai e Hillel que não haviam estudado bem

comunidades intencionais – comunidades em que seus membros acreditam professar, entre si, significados comuns para a dimensão normativa de suas vidas – a manter sua coerência como entidades paidéicas com a expulsão e o exílio de todos aqueles dotados do poder de desafiar tais significados compartilhados⁴¹.

Trata-se do problema da multiplicidade de significado – o fato de que muitos mundos são criados pelas poderosas forças de jurisgênese (*jurisgenesis*) –, o que conduz diretamente às virtudes imperiais e ao modo imperial de conservação do mundo. Isso porque manter o mundo não requer menos energia do que criá-lo. Caso fossem deixados soltos e sem restrições, esses mundos criados seriam instáveis e sectários em sua organização social; dissociativos e incoerentes em seu discurso; e desconfiados e violentos em suas interações. Dessa forma, o modelo firme e moderado de conservação imperial do mundo guarda em si o espelho da objetividade crítica do significado – impondo a disciplina da justiça oficial sobre as normas –, e coloca a limitação da paz no vazio deixado pela ausência de laços fortes.

O modelo paidéico configura um estudo do tema da unidade, e sua primeira motivação psicológica são as ligações. A unidade de toda e qualquer paidéia está sendo destruída – destruída, em verdade, com sua própria criação⁴². O modelo imperial, por sua vez, constitui uma variação sobre o tema da diversidade. Seu primeiro motivo psicológico é a separação⁴³. Tal diversidade de cada mundo normativo está sendo

umentaram [em número], as disputas se multiplicaram em Israel, e a Torá se tornou duas Torás”.

⁴¹ Considere-se, por exemplo, a forma como a colônia da Baía de Massachusetts lidou com as controvérsias básicas durante suas primeiras décadas. A integração holística da colônia foi mantida por exclusão e expulsão; a expulsão de Roger Williams e Anne Hutchinson são exemplos dessa abordagem. Ver G. HASKINS, *LAW AND AUTHORITY IN EARLY MASSACHUSETTS*, p. 47-51 (1960).

⁴² Considere-se a psicodinâmica da vinculação e da separação como expressa no trabalho de John Bowlby, ver BOWLBY, J. BOWLBY, *ATTACHMENT AND LOSS*, cap. 1-3 (1969-1980). A família está situada como metáfora da intensidade interior do modelo paidéico. Mas a objetificação que acompanha as atividades nômicas destrói os fortes vínculos psíquicos.

⁴³ Cf. J. BOWLBY, *ATTACHMENT AND LOSS*, p. 2 (1973) (explicação da noção de separação como uma etapa do desenvolvimento psicológico). Inclino-me a traçar uma comparação entre a dimensão psicologia da distinção paidéica/imperial e as diferenças que alguns estudiosos têm sugerido existir entre as psicologias de desenvolvimento moral masculina e feminina. Ver C. GILLIGAN, *IN A DIFFERENT VOICE*, p. 5-23 (1980) (a discussão sobre as inadequabilidades do que o autor percebe como abordagem centrada no gênero masculino encontra-se nos ensaios mais tarde reunidos em L. KOHLBERG, *THE PHILOSOPHY OF MORAL DEVELOPMENT* (1981)).

consumida, desde seus primórdios, pela dominação. Sendo assim, conforme o significado em um *nomos* se sujeita potencialmente à desintegração, nós buscamos resgastá-lo – com intuito de manter alguma coerência na impressionante proliferação de significados tanto perdidos quanto criados –, soltando sobre as férteis células jurisgenerativas, ainda que fracamente organizadas, um princípio organizativo que é, por si só, incapaz de produzir o significado normativo que constitui a vida e o crescimento.

No mundo do moderno estado-nação – ao menos nos Estados Unidos – a organização social dos preceitos jurídicos tem se aproximado do modelo imperial esboçado acima, enquanto a organização social das narrações que imbuem esses preceitos com abundância de significados aproxima-se do paidéico. De um modo ou de outro, nós exercemos rígido controle social sobre nossos preceitos normativos em nível nacional. Existe hierarquia sistemática – somente parcialmente aplicada na prática, mas plenamente cumprida em teoria – que proporciona a todos preceitos normativos articulação e aplicação de maneira consistente. Os preceitos que chamamos de direito são marcados pelo controle social de sua procedência, pelo seu modo de articulação e por seus efeitos⁴⁴. Contudo, as narrativas que criam e revelam os padrões de compromisso, resistência e consenso – padrões que constituem a dinâmica entre os preceitos normativos e o universo material – carecem radicalmente de controle. Isso porque elas não estão sujeitas a um ordenamento hierárquico formal, ou à ascendência autorizativa centralizada, nem a padrões necessários de consenso. Essa é, precisamente, a mensagem radical da Primeira Emenda: um sistema interdependente de obrigações pode ser instituído oficialmente, mas os padrões de significado que dão vazão ao controle social, seja ele efetivo ou inefetivo, são deixados para o domínio de Babel⁴⁵.

⁴⁴ A afirmação clássica da hierarquia dos preceitos e seu padrão de trama consistente pode ser observada, em parte, em J. GRAY, *THE NATURE AND SOURCES OF THE LAW* (1909), onde se tem, em alguma medida, um catálogo de preceitos controlados, e em H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1961), especialmente os capítulos três e cinco, que estabelecem o caráter articulador das normas “primárias” e “secundárias”. A crítica de Dworkin ao “positivismo” construído por Hart não nega o controle social sobre a articulação dos preceitos que estou colocando aqui. Ainda que Dworkin discorde de Hart sobre a forma com que o juiz, em particular, conduz sua tarefa judicial como fonte privilegiada de articulação normativa, Dworkin não nega o controle social especial exercido em virtude de seu cargo. Ver R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p. 81-82 (1977).

⁴⁵ Eu uso o termo Babel deliberadamente. Ele não sugere incoerência, mas uma multiplicidade de sistema coerentes; e o problema de inteligibilidade entre as comunidades. Se o significado da lei é dado através de mitos, e se o campo desse mito é

Normas obrigatórias podem ter caráter nacional, ou ao menos o são o texto autorizativo da norma jurídica. Mas o significado desse texto normativo é sempre “essencialmente contestado”⁴⁶, ao ponto em que esse significado se relaciona com as diferentes e divergentes tradições narrativas que povoam a nação. Todos os americanos compartilham um texto normativo na Primeira, Décima Terceira ou Décima Quarta Emenda, mas não compartilhamos uma autoridade narrativa no que refere ao seu significado⁴⁷. E mesmo se nós compartilhássemos de alguma narração sobre a moldura do texto – como se tivéssemos uma história nacional declarada obrigatória pelo direito –, não haveria como compartilhar do mesmo entendimento, individualmente, sobre essa mesma narrativa da história. Alguns de nós iriam declarar Frederick Douglass como pai fundador, alguns Abraham Lincoln e outros Jefferson Davis. A escolha da ancestralidade se coloca como um assunto extremamente importante e com profundas implicações. Com isso, a narrativa que integra a questão sobre quem somos e o que defendemos com os padrões normativos iria divergir mesmo se nós possuísssemos um texto narrativo canônico.

A conclusão que se pode extrair desse estado de coisas é simples e bastante perturbadora: existe uma dicotomia radical entre a organização social do direito como poder e a organização do direito como significado. Essa dicotomia se manifesta nas culturas popular e alternativa mesmo nas sociedades mais autoritárias, e tal dicotomia se mostra especialmente

caracteristicamente mais estreito do que aquele do preceito normativo, nós estamos, de fato, na Babel. As preocupações de Dworkin convergem de algum modo com aquelas expressadas aqui. Em seus trabalhos posteriores, Dworkin faz concessões ao caráter aberto dos materiais a que o juiz “Hércules” recorre para alcançar a “resposta correta”. Essa abertura equivale às pre-condições da “Babel” que eu coloco no texto. Ver R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p. 105-130 (1977). Quanto à analogia do romance em cadeia de Dworkin, sugere-se a intelegibilidade, através da harmonização retrospectiva, de qualquer esforço interpretativo singular mesmo que de caráter interpessoal. Contudo, assim como a dimensão “hercúlia” da jurisprudência de Dworkin, o conceito de romance em cadeia ignora o problema da interpenetrabilidade ou compreensibilidade entre esforços e tradições interpretativas, das quais cada qual é independentemente defensável ou mesmo “correta”. Ver Dworkin, *Law as Interpretation*, 60 *TEX. L. REV.* 527, p. 541-542 (1982).

⁴⁶ Para uma introdução da noção de um “conceito essencialmente contestado”, ver W. GALLIE, *PHILOSOPHY AND THE HISTORICAL UNDERSTANDING*, p. 157-191 (1964).

⁴⁷ A maneira mais óbvia na qual os contos podem diferir entre si pode ser identificada em seus pontos de começo e de final. A história da Primeira Emenda pode começar no antigo Egito, em 1776 ou em 1789. O ponto central é que a escritura constitucional pode ser parte de uma história sagrada que começa quando a igreja de Deus e o domínio terreno do homem coincidem, ou ela pode representar uma resposta específica para uma questão específica sobre os comprometimentos nacionais assumidos entre 1787 e 1789.

evidente em sociedades liberais que renunciam ao controle sobre a narração. O caráter descontrolado do significado exerce uma influência desestabilizadora sobre o poder. Os preceitos jurídicos devem “ter significado”, mas eles necessariamente tomam emprestado esse significado dos materiais contidos nas atividades sociais que não estão sujeitas às estritas amarras do que chamamos criação formal do direito. Mesmo quando as autoridades oficiais tentam criar significados para as normas que controlam, elas agem, nesse ponto, de maneira não privilegiada.

Mark DeWolfe argumentou nesse sentido, há mais de vinte anos, ao apontar que a Suprema Corte tinha se apropriado de uma perspectiva secular, tipicamente jeffersoniana, sobre a cláusula da liberdade religiosa da Constituição. Howe elaborou a observação de que a cláusula da liberdade religiosa poderia ser devidamente compreendida por meio da perspectiva do evangelho cristão. Sobre o assunto, ele escreveu:

Sinceramente, devo reconhecer que, ao se construir o muro de separação como barreira constitucional, a fé de Roger Williams desempenhou um papel mais importante do que as dúvidas de Jefferson para a presente composição da Corte decidir de modo tão infeliz. Esse reconhecimento sugere que a Primeira Emenda foi projetada não meramente para codificar um princípio político, mas para instituir na Constituição um princípio teológico – um princípio, nada pacífico, que afirma que uma igreja dependente de benesses governamentais não pode ser verdadeira consigo mesma⁴⁸.

Howe combinou seus astutos comentários das distintas narrativas sobre essa cláusula com mais uma importante colocação, muito pouco desenvolvida, sobre o trabalho da Suprema Corte:

Entre os incríveis poderes da Suprema Corte dos Estados Unidos, estão dois que, numa primeira análise lógica, são independentes mas que, em verdade, estão relacionados. O primeiro é o poder de interpretar a história, numa busca articulada pelo princípio. O outro é o poder de fazê-lo através da disposição de casos (...)

Eu devo lembrá-los, entretanto, que muitos americanos (...) tendem a pensar que, em razão de a maioria dos ministros (*justices*) possuírem o poder de nos vincular à sua construção do direito, eles também possuem o poder de nos implicar em sua história. Felizmente, esse não é o caso. Cada um de nós possui plena liberdade para encontrar a sua história em outros lugares que não nas páginas do *United States Reports*⁴⁹.

⁴⁸ M. HOWE, *THE GARDEN AND THE WILDERNESS*, p. 7-8 (1965).

⁴⁹ M. HOWE, *THE GARDEN AND THE WILDERNESS*, p. 3-5 (1965).

A questão abordada por Howe dizia respeito à qual tradição narrativa deveria orientar as decisões da Corte. O que ele não escreveu com suficiente clareza foi que, seja qual for história que a Corte escolha, histórias alternativas ainda fornecem base normativa para o crescimento de diversos mundos constitucionais através da persistência de grupos que encontram seus respectivos significados para a Primeira Emenda, de um ponto de partida radicalmente diferente daqueles de Roger Williams e Thomas Jefferson. Nesse ponto, como veremos adiante, não são atípicas as interpretações religiosas da Primeira Emenda.

B. A espessura do significado jurídico

Uma grande força e um grande dilema da ordem constitucional americana está na multiplicidade de significados jurídicos criados pelas narrativas marginais e pelas divergentes bases sociais para sua aplicação. Antes de eu me reportar a essa questão, eu devo elaborar de modo mais consistente os processos pelos quais mesmo um mundo fechado em si mesmo produz um sistema de significado normativo. Para tanto, utilizarei o caso altamente simplificado da Bíblia – simplificado porque a Bíblia se apresenta como artefato literário da civilização, incapaz de capturar a essência da vida social da antiga Israel, da mesma forma como qualquer outra composição de nossos textos contemporâneos não iria descrever com fidelidade nossas potencialidades normativas. Ainda assim, penso que a Bíblia oferece uma ilustração dos caminhos pelos quais normas e narrativas operam conjuntamente no campo dos significados.

Imaginemos dois sistemas normativos, cada qual com preceitos jurídicos idênticos, ordenando as ações privadas e públicas: o filho mais velho possui o direito de suceder seu pai como chefe da família e, conseqüentemente, receber em dobro a sua porção do quinhão da herança. Nós podemos pensar numa sociedade em que tal preceito é simplesmente afirmado, obedecido regularmente e sujeito somente às tensões quotidianas da psicologia humana e da ingenuidade⁵⁰. Contrastemos esse ordenamento

⁵⁰ Eu não posso afirmar com certeza se, de fato, é psicologicamente realista supor que tal preceito pode ser sempre não-problemático da mesma forma que os preceitos que proporcionam prioridade para credores assegurados não são problemáticos. Contudo, podemos concordar por um momento que esse é efetivamente o caso. Talvez em uma sociedade sem problemas, as crianças saíam a conquistar e governar as províncias.

jurídico imaginário com aquele que encontramos descrito na Bíblia. Sabemos que essa norma prevaleceu no desenvolvimento do Oriente Médio antigo; a conclusão pode ser retirada de todas as narrativas do Pentateuco; e isso é expressado no capítulo 21, versículos 15 a 17, do Deuteronômio, de forma bastante peculiar:

Se um homem possui duas esposas, uma que ele ama e outra que odeia, e ambas esposas deram-lhe filhos, mas o primeiro rebento é filho da esposa odiada – quando ele deixar sua herança para os filhos, ele não poderá dar preferência para o filho da esposa amada em detrimento do filho mais velho da esposa odiada. Ele deve reconhecer que o primogênito é o filho da esposa odiada e, dessa forma, dar-lhe o quinhão em dobro. Isso porque ele é o primeiro fruto do flanco de seus corpos, e a ele é devido o direito de nascença⁵¹.

O âmbito fático desse preceito jurídico explicita uma dinâmica psicológica extremamente problemática. Contudo, os materiais narrativos em que a norma está fundada apresentam dimensões ainda mais complexas de aparente contradição.

Os elementos do Deuteronômio foram incluídos no cânone bíblico juntamente com um rico conjunto de narrativas complementares. Muito antes da redação final do cânone, muitos dos textos e histórias existiam como parte de uma herança comum sagrada do povo que produziu o Deuteronômio⁵². Dentre esses textos, incluíam-se: (1) a história de Caim e Abel, na qual Deus aceita o sacrifício de Abel, o filho mais novo, em vez de Caim, o filho mais velho, e, com isso, Sete, o terceiro irmão, finalmente,

⁵¹ Deuteronômio 21:15-17. Para uma norma jurídica geral, ver SPEISER, *Comment* em THE ANCHOR BIBLE: GENESIS, p. 210 (trad. de E. Speiser, 1964):

Legalmente, o filho mais velho tinha o direito de receber o quinhão duplo preferencial da herança, especialmente na sociedade hurriana. Mas desde momento em que o estatuto do filho mais velho (...) pode ser regulado por um pronunciamento do pai, independentemente da precedência cronológica, e desde que o legado, nessa instância, foi estabelecido por dotação divina, a ênfase na tradição de transferência dos direitos de nascimento de uma benção no leito de morte – com a aprovação de Javé (...) – pode ser prontamente apreciada.

SPEISER, *Comment* em THE ANCHOR BIBLE: GENESIS, p. 213 (trad. de E. Speiser, 1964). Qualquer que seja o contexto jurídico específico dos hurrianos, a análise de Speiser e todas aqueles similares erram no ponto da criação do significado através da lei. As tradições davídicas posteriores dos israelitas não reconheciam o direito do patriarca de designar seu filho “mais velho”. As histórias, quaisquer que sejam suas origens, foram dessa forma utilizadas do modo explicado no texto. As intenções literárias do autor ou redator são esboçadas de maneira iluminadora por R. ALTER, THE ART OF BIBLICAL NARRATIVE, p. 42-46 (1981).

⁵² Ver S. LEIMAN, THE CANONIZATION OF HEBREW SCRIPTURE (1976).

torna-se o progenitor da raça humana⁵³; (2) a história de Ismael e Isaac, na qual Ismael, o primeiro fruto do corpo de Abraão, é expulso, de modo que direito de nascença possa ser passado para Isaac, o filho mais novo da esposa preferida⁵⁴; (3) a história de Esaú, o primeiro rebento de Isaac, ao qual é negado o direito de nascença pela trapaça de Jacó, seu irmão mais novo⁵⁵; e (4) a história de José e seus irmãos, na qual José – a criança mais nova da esposa preferida é favorecida por seu pai, beneficia-se desse favorecimento, atrai para si retaliação, e vem a se tornar soberano sobre seus irmãos em outra terra, numa improvável ascendência política⁵⁶. De fato, todas as histórias dos patriarcas estão fundadas na superação da ordem “normal” de sucessão⁵⁷ – um pilar da civilização jurídica que é enunciada formalmente nas partes codificadas do próprio Deuteronômio⁵⁸.

O tema continua a ser proeminente em histórias que vão além das narrativas patriarcais; ele aparece, ainda que modificado, em contos de sucessão política em vez de familiar. A subida de Salomão ao trono de Davi certamente traz novamente à tona o assunto⁵⁹, assim como a dominação de Moisés sobre Aarão⁶⁰. Formas mais fracas dessa temática ainda aparecem no nascimento e sucessão do Profeta Samuel, no lugar do Sacerdote Eli, como líder da nação⁶¹, e na sucessão de Davi para o trono de Saul⁶². Em

⁵³ Gênesis 4:1-:5, 4:25-:26.

⁵⁴ Gênesis 21:1-:14.

⁵⁵ Gênesis 25:29-:34, 27:1-:40.

⁵⁶ Gênesis 37:1-47:12. O motivo também reaparece gratuitamente quando Jacó cruza suas mãos abençoando os filhos de José, Manassés e Efraim. Gênesis 48:8-:20. O texto não proporciona uma narrativa da dinâmica entre os dois filhos de José, e tampouco fornece qualquer contexto dos sentimentos de José em direção a seus filhos – ou, nesse sentido, também dos sentimentos de Jacó. O incidente parece fortuito, mas, obviamente, ele se encaixa na tipologia: quando Jacó cruza suas mãos abençoando seus netos, ele não está somente utilizando o que pode, ou não, ter sido uma técnica jurídica legítima para evitar a aplicação da norma geral; ele está também habilitando (como Jacó, o pai) a tipologia que está tão estreitamente associada com Jacó, na figura de filho e irmão.

⁵⁷ “Existe um tema recorrente nos primeiros livros da Bíblia: quando se passam os direitos do filho primogênito em favor do filho mais novo.” N. FRYE, *THE GREAT CODE*, p. 180-181 (1982). Minha discussão toma emprestado vários elementos de Frye, o qual, contudo, não enxerga o significado do tema como igualmente um tema de destino divino, graça e escolha, de um lado, e o problema do lugar da *lei* nos negócios humanos que também constitui a história sagrada, por outro lado. A análise de Frye não implica o tema do sacrifício do primogênito, que adiciona grande riqueza às complexidades a que faço referência.

⁵⁸ Ver M. WEINFELD, *DEUTERONOMY AND THE DEUTERONOMIC SCHOOL*, p. 188 (1972).

⁵⁹ Reis, Livro Primeiro, 1:1-:53.

⁶⁰ Êxodo 4:14-:16.

⁶¹ Samuel, Livro Primeiro, 3:11-:21.

⁶² Samuel, Livro Segundo, 5:1-:5.

ambos casos, a história envolve a incorporação de uma criança a uma estrutura dinástica e, finalmente, a sua ascendência sobre seus irmãos mais velhos, sucessores naturais do poder paterno.

Para se compreender qualquer civilização jurídica, deve-se saber não somente quais são as precrições normativas, mas também como elas são aplicadas na prática. Na Bíblia, não existe uma norma tão carregada, terrena ou divinamente, como aquela contida no capítulo 21, versículos 15 a 17, do Deuteronômio, porque inexistente um preceito que tenha se tornado tão problemático através, justamente, das narrativas em que ele se funda. Isso não significa que o preceito jurídico formal não seja obedecido. Em realidade, as narrativas em análise perderiam toda a sua força se a norma não fosse, efetivamente, seguida na vida quotidiana⁶³. O traço distintivo das narrativas bíblicas está centrado no fato de que elas não podem ser separadas da norma formal – ainda que, posteriormente, alguns rabinos tenham tentado separá-las⁶⁴ – ou da prática quotidiana. É tentador reconciliar a história da norma criando-se exceções ou colocando circunstâncias fáticas capazes de afastar do caso a incidência da norma. Essas estratégias podem ser úteis para os legisladores que procuram definir um consistente corpo normativo. Entretanto, a vida no mundo normativo da Bíblia requeria um senso bastante apurado para se descobrir quando a norma encontrava seu limite de aplicação.

Em uma sociedade na qual a regra sucessória não é relativamente problemática, a observância ou a não-observância, a resistência ou a aceitação podem variar de acordo com as contingências de cada situação de aplicação da norma – o poder relativo dos partidos, as emoções que tomam conta deles, os desdobramentos possíveis que se apresentam. Na Israel antiga, tais contingências eram ainda parte da narração; as personalidades

⁶³ Não supreende observar uma narrativa da vida americana nos anos 1920 que descreve personagens bebericando bebidas alcoólicas apesar da proibição – pois, de fato, a lei era rotineiramente desobedecida, e o que é retratado se trata de um simples fato da vida, não a mão divina do destino ou o espectro da revolução.

⁶⁴ “E Esaú desprezou a primogenitura.” Gênesis 25:34. “A escritura é testemunho de seu ato vil de desprezo ao culto de Deus.” RASHI, comentário de Gênesis 25:34. Comentaristas supunham que o direito de nascença estava associado com as responsabilidades e os sacrifícios familiares, assim como (ou no lugar de) um duplo quinhão. “[Ele desprezava] isso também, o direito de primogenitura, pois ele viu que seu pai não possuía riqueza.” IBN EZRA, em Gênesis 25:34. Os comentaristas tradicionais frequentemente combinam a desaprovação do método ou do caráter de Jacó com afirmações firmes da indignidade de Esaú em se tornar beneficiário da primogenitura. Ver, por exemplo, N. LEIBOWITZ, *STUDIES IN BERESHIT (GÊNESE)*, p. 264-269, 275-278 (trad. de A. Newman, 2. ed. 1974) (coletânea).

individuais e as ambições de Jacó e de José certamente acrescentam muito à nossa compreensão de suas histórias. Contudo, em cada momento em que se contesta a regra de sucessão da Bíblia, adiciona-se uma camada de significado em decorrência desse evento, em razão da mitologia desse povo ter associado a mão divina do destino com a negação dessa norma específica. Quando José conta seu sonho para seus irmãos, somos confrontados não somente com o presságio de contestação da norma, não somente com pistas de um possível conflito sobre a sucessão, mas também, e mais importante, com a reivindicação do papel divino no destino que acompanha tal objeção ao preceito.

Ao descrever a relação entre o destino divino e as regras de sucessão, as narrativas bíblicas revelam e reforçam uma grande falha na topografia normativa dos israelitas. É corriqueiro identificar o filho mais velho, posteriormente, com a tribo, a nação ou a igreja.

As histórias que fazem referência inequívoca ao nascimento dos irmãos homônimos sugerem uma guerra entre vizinhos. Se Jacó é Israel, e Esau simboliza Edom, existe uma correspondência implícita entre as normas de direito privado da sucessão familiar – tornada problemática pela mão divina do destino (ajudada pelo engano humano) – e um direito “internacional” que regula as relações entre aqueles que já criaram raízes nas suas terras e aqueles denominados andarilhos nômades ou retardatários. Para viver na comunidade, esses nômades e retardatários devem conhecer muito bem as narrações, mesmo que também sejam portadores do destino, pois apenas assim irão adquirir um afinado senso do destino divino, através do qual a norma objetiva e universalizada deixa de surtir efeitos⁶⁵.

⁶⁵ A discussão de Rober Alter sobre a relação entre normas e destino parece-me sensível: Se alguém insiste em enxergar as narrativas patriarcais estritamente como paradigmas da história israelita posterior, a conclusão a que se deveria chegar é que os autores e o redator da história de Jacó eram subversivos políticos que levantavam questões oblíquas, mas danosas, sobre o empreendimento nacional. Atualmente, pode existir alguma garantia teológica para essa introdução das ambiguidades em uma história do herói homônimo de Israel, pois, na perspectiva do monoteísmo ético, privilégios contratuais de nenhuma forma conferem automaticamente perfeição moral (...)

R. ALTER, *THE ART OF BIBLICAL NARRATIVE*, p. 45-46 (1981). Permita-me reformular esse ponto: o eterno conflito entre o “lícito”, de um lado, e o destino e a intenção, de outro, pode ser exemplificado pelo quadro dessa lei e por seus protagonistas homônimos.

O problema enfrentado por essas narrativas bíblicas também é a instância de um problema ainda mais geral de legitimidade política. Cada ordenamento jurídico deve conceber a si mesmo, de uma maneira ou outra, emergindo daquilo que é, por si só, ilegal (*unlawfull*). Essa concepção representa a reafirmação mística ou narrativa do conceito positivista de norma de reconhecimento ou *Grundnorm*. A descontinuidade que se faz referência pode ser meramente fictícia, totalmente mística ou cientificamente histórica. Podemos apontar para uma teofania, uma revolução, uma migração, uma catástrofe. Independentemente dos mecanismos narrativos serem aqueles de Robinson Crusóé, dos *Pilgrim Fathers* [Pais Peregrinos], da conquista de Canaã ou do Monte Sinai, os primórdios sagrados sempre proporcionam a tipologia para um retorno perigoso. A revelação e (num menor grau) a profecia são os desafios revolucionários para uma ordem fundada na revelação⁶⁶. A secessão é a resposta revolucionária para uma ordem fundada no consenso ou no

⁶⁶ Essa introspecção é a base de muitos dos grandes trabalhos da literatura religiosa, tal com “O grande inquisidor”, capítulo chave de F. DOSTOEVSKY, *THE BROTHERS KARAMAZOV* (1880). Outro material bem conhecido é a história de *Achnai’s Oven* na literatura rabínica, na qual os rabinos em disputa rejeitam a voz do céu que intervém durante a discussão em favor de uma das partes. Ver TALMUD BABILÔNICO, *Tratados de Baba Metzia*. De acordo com uma interpretação plausível da história, Deus regozijou-se quando suas “crianças” (os Sábios) o venceram em uma discussão jurídica, rejeitando a intervenção divina. Uma discussão bastante útil que também possui serventia para introduzir a vasta literatura rabínica sobre a história pode ser encontrada em ENGLARD, *Majority Decision vs. Individual Truth: The Interpretations of the “Oven of Achnai” Aggadah*, TRADITION, p. 137 (1975). Os problemas levantados por essa *midrásh* estão conectados com as disputas teoréticas, filosóficas e teológicas que assolaram o judaísmo por centenas de anos quanto à relativa autoridade da lei e da profecia. Ver, por exemplo, A. REINES, *MAIMONIDES AND ABRABANEL ON PROPHECY* (1970). O extraordinário julgamento de Anne Hutchinson na Baía de Massachusetts, em 1637, também demonstra o caráter perigoso do retorno à revelação em um mundo normativo fundado sobre a revelação. Ver, por exemplo, C. ADAMS, *ANTINOMIANISM IN THE COLONY OF MASSACHUSETTS BAY*, p. 285-336, 636-638 (1894); G. HASKINS, *LAW AND AUTHORITY IN EARLY MASSACHUSETTS*, p. 48-50 (1960).

O fenômeno do perigoso retorno aos mitos de origem tem sido mais fortemente notado no que diz respeito aos movimentos religiosos escatológicos e ao desafio que a profecia e a revelação apresentam para uma igreja. Mas também existem exemplos seculares. Considere-se a análise da opressão política pelo relativamente sóbrio Joseph Story em seus *Commentaries on the Constitution*: “Se algum remédio existe (...) é um remédio nunca fornecido pelas instituições humanas. É um recurso ao derradeiro direito de todos os seres humanos de, em casos extremos, resistir à opressão, e de aplicar a força contra a flagrante injustiça”. J. STORY, *COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES*, v. 1, § 395, p. 374-375 (Boston, 1833). Considere-se, também, a interessante discussão de Gary Wills sobre a tendência de Abraham Lincoln em apelar para a Declaração de Independência, frequentemente em contextos que privilegiavam a perspectiva do “poder escravo”, que deve ter soado como desconfortável lembrança de conotação revolucionária. Ver G. WILLS, *INVENTING AMERICA: JEFFERSON’S DECLARATION OF INDEPENDENCE*, p. xvi-xxi (1978).

contrato social⁶⁷. O retorno aos atos fundacionais nunca pode ser prevenido ou inteiramente domesticado. Assim como nos lembramos das discontinuidades especiais que dotam os atos fundacionais com autoridade, tudo que podemos fazer é esboçar a convicção de que eles são exemplares. Existe uma ampla gama de técnicas para inferir essa conclusão, mas elas não são infalíveis; tampouco são elas persuasivas para uma pessoa suficientemente convencida do destino ou da providência que acredita possuir um papel de protagonismo.

As narrativas bíblicas sempre mantiveram sua força subversiva – a memória de que o destino divino não é legal (*lawful*). A tal ponto que Paulo conseguiu direcionar as narrativas a serviço de uma extensão alegórica revolucionária da tipologia em sua epístola aos Gálatas⁶⁸. Nesse lugar, os judeus com seu direito são comparados a Agar e Ismael, os pioneiros, cuja reivindicação se baseia no direito. A nova Igreja Cristã é Sara e Isaac, os retardatários, despidos de quaisquer direitos, mas portadores da promessa divina do destino. Com isso, todo edifício do direito se despedaça através de uma alegoria baseada no motivo onipresente que liga a dimensão problemática das normas ao mistério do destino. Nesse ponto, torna-se especialmente poderoso, na crítica ao direito de Israel, utilizar uma alegoria construída sobre a temática que expressa, por si só, a extra-legalidade do destino de Israel.

Dessa forma, conhecer as narrativas não significa apenas ter ciência das complexidades psico-familiares da sucessão, não somente observar os motivos para a superação da norma de sucessão como mecanismo do problema da sucessão dinástica, mas também compreender tais mecanismos como formas de expressão para os problemas morais *não-resolvidos* da geopolítica e como uma pontencial fonte de divisão sectária.

Nessa primeira seção, tenho utilizado de material bíblico na parte do problema do significado jurídico por diversas razões. Primeiramente, o

⁶⁷ Na experiência americana, o mito do contrato social tem conduzido teóricos a valorar tanto o direito de expatriação (ou remoção do indivíduo) quanto o direito de secessão das unidades constituintes, isto é, dos estados, ver G. WILLS, *INVENTING AMERICA: JEFFERSON'S DECLARATION OF INDEPENDENCE*, p. 82-84 (1978); Tucker, Apêndice de W. BLACKSTONE, *COMMENTARIES*, v. 2, nota K (S. Tucker ed. & comm., Philadelphia, 1803); e E. BAUER, *COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION 1790-1860*, p. 253-308 (1952).

⁶⁸ Gálatas 4:22–:31. A alegoria é discutida brevemente em N. FRYE, *THE GREAT CODE*, p. 186 (1982), e dá-se um tratamento mais interessante em S. HANDELMAN, *THE SLAYERS OF MOSES*, p. 87-88 (1982).

material é convencionalmente delimitado. O cânone estabelece que ambas as narrativas bíblicas são relevantes para o significado normativo e que nenhum outro material pode desempenhar essa função. Em segundo lugar, tal material nos é familiar. Em terceiro, ele demonstra a irrelevância do gênero para a criação de significado jurídico. As narrativas em questão são relevantes para o significado do *nomos* bíblico não porque sejam a verdade, mas porque são bíblicas. Isto é, elas se inserem em materiais convencionalmente estabelecidos para a interpretação. Na discussão que se segue, devo me reportar aos problemas do “significado” dentro de nosso próprio *nomos*. Convencionalmente, esses materiais não são menos delimitados. Inexistem convenções fáceis para a criação de significado. De qualquer forma, devemos nos inserir nesse universo para compreender nossos próprios dilemas.

C. A criação do significado constitucional

Os mundos bíblicos de significado normativo foram construídos ao redor de um texto sagrado que integra ambos os elementos, a norma e a narrativa. O texto constitui o centro paidéico para as tradições interpretativas que se desenvolvem posteriormente através dele. Historicamente, os textos que conhecemos hoje como a Bíblia não ocuparam sempre um centro de tradição incontestado e convencionalmente definido; mas ao tentar compreender a criação do significado normativo, nós podemos tratar a tradição de uma perspectiva distanciada que simplifica a análise. Não existe um texto central óbvio e evidente em nosso mundo normativo, certamente inexistente um texto que forneça ao mesmo tempo norma e narração. Ainda assim, a Constituição dos Estados Unidos declara-se como “Direito supremo”⁶⁹. Muitas de nossas narrativas – necessariamente não-canônicas – tratam a Constituição como fundacional, como um começo, como fator gerador de tudo o que vem depois. Isso pode ser verificado mesmo quando a Constituição disputa com o direito natural, com a Declaração de Independência, com os Artigos da Confederação e com a própria Revolução pela primado da tradição narrativa. Enfim, a Constituição configura uma ampla base para a interpretação, ainda que não

⁶⁹ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, art. VI, § 2.

seja universalmente aceita; ela é o centro sobre o qual muitas comunidades ensinam, aprendem e contam histórias.

A maior parte da literatura sobre o significado constitucional tem se focado, principalmente, no trabalho dos tribunais e, em menor grau, no comportamento de outras instituições oficiais. Eu começarei com as interpretações não-oficiais e lidarei somente com as conclusões com que as instituições estatais constroem ou destroem o significado. A escolha por essa abordagem se justifica pois acredito que, no plano do significado normativo, os elementos problemáticos são precisamente a força e a violência. Assim, busco explorar o estatuto especial do significado num contexto de violência somente quando eu tiver analisado os processos através dos quais o significado é criado por contextos substancialmente menos marcados pela força do que são os decretos estatais. Dessa forma, essa Seção irá discutir, em primeiro lugar, os modos como comunidades insulares estabelecem seus próprios significados para princípios constitucionais, através de sua luta constante para definir e manter a independência e a autoridade de seu *nomos*. Em seguida, levarei em conta os processos jurisgenerativos dedicados à transformação radical do significado constitucional e como isso afeta a aplicação do poder estatal. Essas subseções irão, então, constituir o pano de fundo a partir do qual discutirei, na Seção D, os julgados dos tribunais, que geralmente inibem – ainda que eventualmente alimentem – os processos de criação do significado normativo.

1) *A origem dos significados normativos em comunidades interpretativas*

(a) *Autonomia insular*. – Entre as petições de *amici curiae* submetidas à apreciação da Suprema Corte em *Bob Jones University v. United States*⁷⁰, encontra-se uma narrativa singela, escrita pela Igreja de Deus em Cristo, menonita, enviada por seu conselho em nome da igreja. Transcrevo o seguinte trecho:

Existe em nossa consciência uma forte sensação de história tortuosa, na qual nossos antepassados passaram por períodos de extrema dureza e sofrimento, uma história que inclui o registro de muitos mártires que sofreram por aqueles princípios que ainda constituem nossa profissão de fé. Uma característica notável da

⁷⁰ 103 S. Ct. 2017 (1983).

história de nossa igreja é aquela de uma igreja em estado migratório, migrando de um lugar, ou nação, para o outro, em busca de tolerância religiosa, um povo indefeso buscando um lugar para viver. Isso colocou dentro de nós um respeito muito grande pela liberdade religiosa. Nós consideramos que a liberdade religiosa que essa nação concede como, provavelmente, sua maior virtude⁷¹.

Nessa narrativa, então, uma comunidade de 7700 crentes se identificam com mais de 7000 irmãos (“*brethren*”) do século dezesseis, que foram assassinados no Continente⁷², e com as comunidades menonitas nômades no transcorrer de quatro séculos⁷³.

Nesse sentido, o memorial menonita não é inédito. Nas razões elaboradas em nome dos recorridos em *Wisconsin v. Yoder*⁷⁴, surge a seguinte caracterização:

Os Amish, nesse caso, apresentam-se perante a Corte no papel familiar: como objetos passivos e pacíficos de indignação civil. (...) Sua história (...) remonta (...) à Suíça de 1525, onde os seus ancestrais procuraram retornar à Era de Ouro. Esses eram os “Anabatistas” que não tentaram reformar a Igreja, mas a restauração de uma cristandade perdida e primitiva. Para tornarem-se “Cristãos do Primeiro Século”, demandava-se (...) [a criação de] uma *comunidade separada fundada na paz e na ajuda mútua* (...)

A “comunidade separada” implicava não somente a separação “do mundo”, mas também *a separação da igreja e do estado* como salvaguarda da liberdade religiosa⁷⁵.

Essa narrativa comum gera três dimensões do *nomos* anabatista. Primeiramente, ele está fundado sobre uma visão da comunidade insular do primeiro século do cristianismo. Para os anabatistas, a aspiração à vida como um membro de uma igreja primitiva do primeiro século se tornou um referencial mais forte do que os constrangimentos externos impostos pela realidade contemporânea. Sendo assim, a visão é então o ponto fixo na experiência da história anabatista. Em segundo lugar, a narração estabelece uma série de “realidades” temporais, constituídas pelos dilemas colocados

⁷¹ Memorial de *amicus curiae* em favor do *writ of certiorari* de Igreja de Deus em Cristo, menonita, p. 1-2, *Bob Jones University* (n. 81-83) (notas de rodapé e marcações de citações internas omitidas) [doravante citado apenas como “memorial menonita de *amicus curiae*”].

⁷² Ver id. p. 1 & n. 1.

⁷³ Ver id. p. 1-2 & n. 2.

⁷⁴ 406 U.S. 205 (1972).

⁷⁵ Alegações do demandado, p. 12, *Yoder* (n. 70-110) (notas de rodapé omitidas).

por várias autoridades oficiais. Essas “realidades” são historicamente contingentes. Ao final, a narrativa cria um *povo* dedicado à visão – um povo cujas ações e normas para a ação fazem com que a visão seja uma constante, enquanto as diversas demandas civis constituem variáveis alternadas que a cercam. O que cria a ponte entre a visão e a realidade é o *direito interno*⁷⁶ da comunidade anabatista. É o caráter dessa ponte que determina se a visão conseguirá se sustentar firmemente.

A estrutura do *nomos* anabatista determina o lugar em que se insere o princípio de liberdade religiosa enunciado na Constituição dos Estados Unidos e, dessa forma, determina também seu significado. Esse princípio, integrante da crença menonita, é eloquentemente apresentado na memorial menonita de *amicus curiae* em *Bob Jones University*:

A enorme tensão que nós sofremos e continuamos a sofrer quando nos deparamos com o conflito entre a vontade secular do governo e o que entendemos como a vontade de Deus constitui um dos mais difíceis aspectos de nossa experiência religiosa.

Nossa fé e entendimento das escrituras inspira respeito e obediência aos governos seculares sob os quais vivemos. Nós os reconhecemos como instituições estabelecidas por Deus para ordenar a sociedade. Por essa razão, e sem o receio de punição por falhar em assim se portar, nós sempre nos pautamos pela completa observância da lei. Nossas crenças religiosas, contudo, são fortemente mantidas. Quando essas crenças colidem com as demandas da sociedade, nossa aliança mais profunda deve se direcionar a Deus, e nós devemos fazer coro com os homens de Deus do passado, ‘Nós devemos obedecer Deus em vez dos homens’, e essas são as crises das quais nós seremos poupados⁷⁷.

Para membros dessa igreja, o propósito da cláusula do livre exercício religioso da Primeira Emenda se constitui, em parte, por uma forte consciência das crises de obrigação que se apresentam às suas crenças religiosas. Logicamente, qualquer pessoa que considera que sua obrigação

⁷⁶ Trata-se de uma questão legítima se perguntar se a igreja cristã “primitiva” era uma comunidade que vivia de acordo com a “lei”. A rejeição da “lei” como conexão fundamental entre Deus e o indivíduo, e entre Deus e a igreja, é crítica para as crenças dessa comunidade. De uma perspectiva externa, ainda assim a comunidade indubitavelmente constrói um mundo normativo que ela protege e conscientemente preserva. Além disso, a rejeição à “convenção da lei” e a opção pela graça divina não implica a ausência da lei para o funcionamento interno das comunidades mundanas. De fato, no memorial Amish apresentado no caso *Yoder* se afirma poderosamente a força coerente e normativa da doutrina Amish. Ver Alegações do demandado, p. 14-26, *Yoder* (n. 70-110).

⁷⁷ Memorial menonita de *amicus curiae*, p. 3-4 (notas de rodapé omitidas).

para com a lei do estado seja medida por algum parâmetro externo ao direito – seja ele ético, religioso ou político – enfrenta o mesmo problema potencial que os menonitas e a Velha Ordem Amish. Contudo, nem todos nós que afirmamos um limite externo às obrigações que devemos à lei identificamo-nos com as narrações nas quais tal possível dilema teórico se torna uma crise paradigmática – “um dos mais desafiadores aspectos de nossa experiência religiosa”. As narrativas menonitas, sejam elas os contos quase sagrados dos mártires⁷⁸ ou as histórias mais recentes dos casos de objeção de consciência⁷⁹, ajudam a construir a identidade do crente e a estabelecer o comprometimento essencial através do qual qualquer lei do estado – e especialmente qualquer legislação ordinária – será interpretada. As esperanças, medos e possibilidades que esse ponto de identidade e comprometimento traz à tona possui, naturalmente, severas implicações no que se refere à generalidade do princípio utilizado como fundamento na decisão de *Bob Jones University*.

O que perturbava os menonitas, os Amish e vários outros grupos religiosos não era especificamente a perda da condição de isenção tributária para as escolas religiosas que praticavam discriminação racial. Poucos dos *amici curiae*, se é que há algum, em suas razões apresentadas em favor da Universidade Bob Jones ou das Escolas Cristãs de Goldsboro, fizeram qualquer discriminação racial ou estavam sendo processados administrativamente pela Receita Federal e, portanto, ameaçados de perder seu estatuto de isenção tributária⁸⁰. O princípio que incomodava esses *amici* era a forte percepção de que a mera “política pública”, ainda que admirável e louvável, poderia triunfar sobre a reivindicação de proteção especial contra as crises de consciência contidas na Primeira Emenda.

Estou fazendo uma forte reivindicação da compreensão menonita da Primeira Emenda. Esse entendimento não deve ser levado em conta como simples “posicionamento” de um jurista – apesar de ser, precisamente, isso.

⁷⁸ Memorial menonita de *amicus curiae*, p. 1 & n. 1.

⁷⁹ Memorial menonita de *amicus curiae*, p. 3, n. 4.

⁸⁰ Ver memorial de *amici curiae* de Igrejas Batistas Americanas nos Estados Unidos da América, junto de Igrejas Presbiterianas Unidas nos Estados Unidos da América, p. 1, em *Bob Jones University* (n. 81-83); memorial de Centro para o Direito e a Liberdade Jurídica da Sociedade Legal Cristã, como *amicus curiae* em favor de *writ of certiorari* para a Corte de Apelação do Quarto Circuito dos Estados Unidos, p. 2, em *Bob Jones University* (n. 81-83); memorial de *amicus curiae* da Conferência Geral da Igreja Menonita em favor de *writ of certiorari*, p. 1, *Bob Jones University* (n. 81-83).

Eu estou afirmando que, no domínio do significado constitucional, a compreensão dos menonitas assume um estatuto igual (ou superior) ao entendimento dos Ministros da Suprema Corte. No âmbito desse significado – se não no domínio do controle social –, a comunidade menonita cria direito tanto quanto o juiz. Primeiramente, os menonitas habitam em um *nomos* contínuo que deve ser rigorosamente demarcado em termos normativos dos domínios da coerção civil, assim como os detentores do poder estatal devem estabelecer os seus limites com a resistência e a autonomia de uma comunidade religiosa. Cada grupo deve acomodar em seu próprio mundo normativo a realidade objetiva do outro. Deve haver, ou não, sincronização ou convergência em seus respectivos entendimentos sobre os limites normativos e o que isso implica. Mas de uma posição que começa como neutra – isto é, não-estatal – no seu entendimento do direito, as interpretações oferecidas pelos juízes não são necessariamente superiores. Os menonitas não estão simplesmente advogando em causa própria, pois eles estão preparados a viver, e efetivamente vivem, dentro de seu apregoado entendimento da Constituição. Além disso, eles vivem dentro dos limites impostos por seus complexos textos fundacionais e de seus deveres – dentro do universo de suas narrativas sagradas – que fundamentam o seu entendimento e a sua compreensão acerca do direito.

O caso *Bob Jones University*, naturalmente, apresentou uma oportunidade de explorar outras narrativas e princípios muito diferentes e conflitantes entre si. Eu devo retornar a essa questão mais tarde. No momento, é suficiente marcar a associação desse gênero específico de narrativa central com a compreensão do significado constitucional. Esse entendimento não pode ser somente imposto a partir de uma norma a que se dá preferência – que uma prática religiosa de boa fé não pode ser derrotada por uma reivindicação de política pública –, mas também encaixar essa norma em uma visão mais compreensiva das obrigações morais e jurídicas e do destino constitucional:

Nós acreditamos que Deus nos abençoou de um modo muito especial, com a nobre consideração em direção às sinceras convicções religiosas com que essa nação nos agraciou (...)

Nosso intenso desejo ou nossa prece contínua se resumem à vontade de que, sob proteção dessa nação, possa se continuar a desfrutar da proteção e da benção de Deus Todo Poderoso, para que sempre exista um lugar

seguro onde pessoas como nós possam ter um lugar de vida [sic] e buscar a vontade de Deus em tranquilidade⁸¹.

O princípio de separação é constitutivo e jurisgenerativo. Não se trata apenas de um princípio que limita o estado, mas ele também é constitutivo de um *nomos* distinto em um domínio deixado em aberto. Os Amish martelaram esse ponto nos fundamentos de seu memorial em *Yoder*:

Não existe a religião Amish separada do conceito de comunidade Amish. Uma pessoa não pode assumir a religião Amish e praticá-la individualmente. A comunidade vive espiritualmente sobre os vínculos da prática de uma fé comum, sustentada por “tradições e ideais comuns que têm sido reverenciados por toda a comunidade de geração em geração”⁸².

Os Amish insistem sobre o caráter essencialmente nômico da interpretação que constitui seu mundo:

Chamar suas crenças de “não-doutrinárias”, ou inferir que essas crenças constituem costumes excêntricos e dispensáveis – somente porque eles não são expressados em textos impressos, decretos e regulações –, é enganador.

A “doutrina” Amish (isto é, o ensino) é supremamente precisa e claramente conhecida, estando salvaguardada para cada geração através de uma tradição oral que contém e repete os ensinamentos essenciais⁸³.

Em último caso, é a capacidade do estado de tolerar ou destruir esse *nomos* autocontido que dita a relação da comunidade Amish com seu anfitrião político. As narrativas Amish ou menonitas são cristalinas sobre as tipologias de acomodação, de opressão e de resistência. A resposta dos Amish aos ataques da autoridade civil sobre a insularidade nômica de seu mundo “tem se centrado em vender suas fazendas e se mudar para jurisdições, aqui ou no estrangeiro, onde eles tenham permissão de seguir pacificamente a vontade de Deus”⁸⁴.

Existe um imaginário poderoso, quase concreto, na concepção à qual os Amish e menonitas implicitamente apelam para suas confissões constitucionais. A imagem é de um espaço exclusivamente dedicado, sagrado, de um refúgio esculpido fora do espaço jurídico secularizado do

⁸¹ Memorial menonita de *amicus curiae*, p. 4.

⁸² Alegações do demandado, p. 21, *Yoder* (n. 70-110) (citando J. HOSTETLER, AMISH SOCIETY, p. 131 (2. ed. 1968)).

⁸³ Alegações do demandado, p. 14-25, *Yoder* (n. 70-110) (nota de rodapé omitida).

⁸⁴ Alegações do demandado, p. 26, *Yoder* (n. 70-110).

estado. Dentro desse refúgio nômico, existe a acomodação de uma regra religiosa de reconhecimento expressa em Atos 5:29 – “Nós devemos obedecer Deus em vez dos homens” – em detrimento da submissão ao princípio, corporificado no artigo VI, seção 2 da Constituição, de que “essa Constituição e as Leis dos Estados Unidos, as quais serão elaboradas em consonância daquela [...] devem ser a Lei suprema do país”. A supremacia autorreferencial de que cada sistema é, obviamente, mitigada pelas normas de deferência, em parte baseadas em princípios, em parte prudenciais, que cada um manifesta em relação ao outro⁸⁵.

A cláusula do livre exercício religioso é somente um dos muitos princípios que podem ser empregados para criar limites para as comunidades e seu direito quase-autônomo. O excelente estudo da Professora Carol Weisbrod sobre as comunidades utópicas do século XIX demonstra o poder da liberdade de contrato para criar insularidade nômica⁸⁶. Não é surpreendente que ela descubra que o caráter voluntarista da ideologia dessas comunidades – especialmente a comunidade Shaker – tenha dominado seu pensamento constitucional, assim como a visão de livre exercício domina a teoria constitucional Amish e menonita⁸⁷.

O direito de propriedade e o direito empresarial também têm servido de base para a pretensão de reserva insular nômica. De um modo geral, as empresas afirmam um competência de criação normativa e forçam seu cumprimento no que diz respeito às relações sociais em seus povoados, suas minas e fábricas. Essa reivindicação era uma condição difundida na vida industrial do século XIX e começo do século XX; elas ainda guardam importância hoje, embora as condições extremas de Pullman, Illinois, no século XIX, sejam raramente replicadas⁸⁸. Talvez o mais notório exemplo histórico do uso do direito privado para gerar um *nomos* tenha sido a

⁸⁵ Naturalmente, trata-se da manutenção da tradição enxergar o significado da história humana centrado sobre os remanescentes e em um refúgio para esses remanescentes. De uma perspectiva secular da Constituição, o livre exercício da cláusula da criação de pequenos e sagrados refúgios nômicos pode aparecer como mera (desimportante) acomodação da autonomia religiosa. Mas para os menonitas, a cláusula é o eixo sobre o qual gira a roda da história.

⁸⁶ C. WEISBROD, *THE BOUNDARIES OF UTOPIA* (1980).

⁸⁷ C. WEISBROD, *THE BOUNDARIES OF UTOPIA*, p. 61-79 (1980) (discussão sobre a ideologia contratual Shaker).

⁸⁸ Pullman era mais do que um povoado. Era uma ideologia, benevolente em sua origem e intenção, ainda que seus efeitos tenham sido opressivos. Ver, por exemplo, S. LENS, *THE LABOR WARS*, p. 85-87 (1973); R. SENNETT, *AUTHORITY*, p. 62-66 (1980).

criação de uma organização política a partir da codificação empresarial da Baía de Massachussets⁸⁹. E mesmo que tais situações dramáticas de autoridade normativa da codificação empresarial sejam raras, o direito empresarial moderno ainda possui um lastro formal de autoridade no seu processo de geração normativa⁹⁰.

O ponto relevante aqui não é somente o fato de que a criação privada do direito se estrutura através da autoridade religiosa, do contrato, da propriedade e do direito empresarial (e, por óbvio, através de toda atividade associativa privada), mas também o fato que, de tempos em tempos, vários grupos usam esses mecanismos universalmente aceitos e bem-compreendidos para criar um *nomos* completo – um mundo integrado de dever e realidade a partir do qual o resto do mundo é percebido. Nesse ponto de transformação radical de perspectiva, a norma-limite – seja ela de contrato, de livre exercício religioso, de propriedade ou de direito empresarial – torna-se mais do que uma norma: ela se torna constitutiva de um mundo. Nós presenciamos a mitose normativa. Um mundo é virado do avesso; um muro começa a se formar, e sua forma difere dependendo de qual lado do muro se situam nossas narrações.

As visões constitucionais dos Amish, dos menonitas, das comunidades utópicas, dos primeiros mórmons, dos peregrinos e dos emigrantes puritanos elevaram a importância da autonomia associativa. Todos esses grupos reservavam um lugar em seus mundos normativos para a autoridade civil (mesmo que alguns transformassem a autoridade civil em um braço intolerante de sua própria visão substantiva quando tivessem a oportunidade), contudo, encontrando a si mesmos dentro de um estado que não estava sob seu controle, buscavam refúgio não somente *da* perseguição, mas *para* a auto-realização associativa em termos nômicos. Essa autonomia

⁸⁹ A professora Barbara Black descreveu de modo eloquente os processos pelos quais um documento de direito privado conseguiu ter um efeito avassalador sobre o direito público na colônia da Baía de Massachussets durante todo o período da primeira Constituição da colônia. Ver B. BLACK, *The Judicial Power and the General Court in Early Massachusetts (1634-1686)*, cap. 1 (1975) (tese de doutorado não publicada, Departamento de História da Universidade de Yale). Ver, de modo geral, G. HASKINS, *LAW AND AUTHORITY IN EARLY MASSACHUSETTS*, p. 189-221 (1960) (onde se discute o uso da legislação privada por parte dos colonos para desenvolver uma ordem jurídica independente).

⁹⁰ O caráter radical das “corporações” e sua base no pensamento do direito natural é explorada em O. GIERKE, *NATURAL LAW AND THE THEORY OF SOCIETY, 1500-1800*, p. 162-195 (trad. de E. Barker, 1957).

para gerar normas pode ser concedida formalmente na linguagem jurídica oficial⁹¹. Ela pode estar implícita nos princípios de liberdade religiosa, liberdade de contrato e proteção da propriedade. Tipicamente, contudo, comunidades com uma visão de mundo total, um *nomos* inteiramente seu, encontram seus próprios textos fundacionais para os aspectos geradores de normas de suas vidas coletivas. O reconhecimento, explícito ou implícito, do estado de uma esfera limitada de autonomia é entendido na perspectiva interna da associação como sendo a acomodação do estado à realidade estabelecida de separação nômica. Tal reconhecimento é bem-vindo como prevenção de sofrimento, mas ele não cria o mundo interno.

A liberdade de associação é a mais universal categoria doutrinária da Constituição que trata da criação e manutenção da vida em comum, a condição de possibilidade social para a consolidação de um *nomos*⁹². Do ponto de vista da doutrina estatal, o modo mais simples de generalizar os pontos que afirmei, no que se refere aos modos pelos quais os vários grupos construíram seus próprios mundos normativos, é reconhecer que os aspectos geradores de normas do direito empresarial, do contrato e do livre exercício religioso são todos instâncias de liberdade associativa protegidas pela Constituição. A liberdade de associação implica um grau de autonomia para geração normativa no que tange à associação⁹³. Não se trata da liberdade de existir, mas da liberdade e capacidade para criar e interpretar

⁹¹ A Constituição da colônia da Baía de Massachusetts garantia à colônia autoridade “para, de tempos em tempos, criar, ordenar e estabelecer toda sorte de ordens, leis, estatutos, ordenanças, diretivas e instruções, completas e razoáveis, que não contrariassem as leis da Inglaterra.”, CHARTER OF THE MASSACHUSETTS BAY COLONY (1629), citado em G. HASKINS, LAW AND AUTHORITY IN EARLY MASSACHUSETTS, p. 27 (1960).

⁹² Sobre o direito natural das liberdades associativas, ver O. GIERKE, NATURAL LAW AND THE THEORY OF SOCIETY, 1500-1800, p. 162-195 (trad. de E. Barker, 1957). Para uma fascinante exploração contemporânea das fundações filosóficas das liberdades associativas na doutrina constitucional americana – ou, melhor dizendo, uma exploração da incorporação potencial de tais liberdades na doutrina constitucional americana – ver GARET, *Communitality and Existence: The Rights of Groups*, 56 S. CAL. L. REV. 1001 (1983). Existe, é claro, uma vasta diferença entre o direito individual de livre associação reconhecido em *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958) e o direito coletivo de estatuto autônomo. Cf. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976) (contrastando as abordagens individualistas e coletivistas para a cláusula de igual proteção).

⁹³ Ver HOWE, *The Supreme Court, 1952 Term -- Foreword: Political Theory and the Nature of Liberty*, 67 HARV. L. REV. 91, 91 (1953) (“O governo deve reconhecer que ele não é o único detentor da soberania, e que grupos privados dentro da comunidade têm o direito de levar suas próprias vidas de forma livre e exercer, dentro da área de sua competência, uma autoridade tão efetiva que se justifica chamá-la de autoridade soberana.”).

a lei – ou, ao menos, para interpretar as condições de existência da própria associação⁹⁴.

Contudo, elaborar a doutrina dos direitos associativos é simplesmente assumir como própria a perspectiva do estado. O centro do *nomos* Amish é o Novo Testamento⁹⁵; o centro do *nomos* Shaker é um vívido e literal contrato social⁹⁶. Grupos assumem diferentes posições constitucionais com intuito de criar limites entre o mundo exterior e a comunidade na qual o direito se desenvolve – com intuito de manter a capacidade jurisgenerativa do distinto direito da comunidade. Nós não devemos assumir aqui de modo leve a perspectiva estatal, pois o *nomos* da estatalidade é também “particular” – tão particular quanto o Amish. E também ele busca a eficácia e persegue a extensão de sua legitimidade obtendo a aceitação do mundo normativo que repousa em seu interior.

Os princípios que estabelecem a autonomia nômica de uma comunidade devem, obviamente, ressoar dentro da própria comunidade e de suas histórias sagradas. Contudo, é uma grande desvantagem para a comunidade ter esses princípios ressoando dentro das histórias sagradas de outras comunidades que estabelecem mundos normativos sobrepostos e conflitantes. Nem as igrejas religiosas, não importa o quão pequenas e dedicadas ao culto, nem as comunidades utópicas, ainda que extremamente isoladas, e tampouco os quadros da magistratura, mesmo que independentes, conseguem administrar uma ruptura total de outros grupos com entendimentos divergentes acerca do direito. Por exemplo, a compreensão Shaker de “contrato” é dificilmente independente dos

⁹⁴ As cláusulas religiosas da Constituição parecem ser únicas na clareza com que pressupõem uma comunidade coletiva, geradora de normas, cujo estatuto como comunidade e relação com os indivíduos sujeitos a suas normas implicam o reconhecimento e a proteção constitucional.

O respeito ao grau de autonomia para geração normativa também tem sido tradicionalmente utilizado nas relações do governo federal com tribos indígenas. Ver, por exemplo, *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978).

⁹⁵ Cf. J. HOSTETLER, *AMISH SOCIETY*, p. 21-23, 75-92 (2. ed. 1968) (explicação sobre a influência dos preceitos bíblicos na ordem normativa Amish).

⁹⁶ “A perspectiva teológica do pacto e a referência à visão de Locke da natureza consensual originária do governo são encontradas aqui reunidas, em um único documento, que proporcionou uma forma jurídica para a comunidade Shaker.” C. WEISBROD, C. WEISBROD, *THE BOUNDARIES OF UTOPIA*, p. 75-76 (1980). Os Shaker tomaram uma posição de estrita insularidade: eles acreditavam que a lei civil não havia criado as associações Shaker, ainda que, de um ponto de vista prático, a lei civil devesse ser consultada para “se observar que nós não havíamos violados [suas] premissas.” (marcações das citações internas omitidas).

entendimentos sobre contratos que eram predominantes no século XIX. O conceito Amish das relações igreja-estado não é inteiramente independente dos conceitos seculares libertários de tais relações. A interdependência dos significados jurídicos torna possível afirmar que os Amish, os Shakers e os juízes estão todos engajados na tarefa da compreensão constitucional. Contudo, seus pontos de partida distintos, suas identificações e histórias fazem-nos perceber que não podemos pretender possuir um direito unitário.

As comunidades sectárias diferem da maior parte das outras comunidades – mas não de todas – no que se refere à medida em que estabelecem um *nomos* próprio. Caracteristicamente, elas constroem seus próprios mitos, formulam seus próprios preceitos e buscam estabelecer suas próprias hierarquias de normas. Além disso, elas identificam seus próprios paradigmas para o comportamento legal, enquanto reduzem o estado a somente um elemento, ainda que importante, dentro do ambiente normativo. Mesmo uma posição sectária aberta ao compromisso – uma comunidade que percorra grandes distâncias para evitar a confrontação ou a imposição sobre seus adeptos de demandas que irão, efetivamente, entrar em conflito com aquelas impostas pelo estado – estabelece seu próprio significado para as normas que seus próprios membros obedecem.

(b) *Constitucionalismo Redentor*. – A liberdade de associação não é exaurida por um modelo de autonomia insular. As pessoas se associam não somente para transformarem a si mesmas, mas também para mudarem o mundo social no qual habitam. Com isso, as associações são tanto uma espada, como um escudo. Elas incluem tentativas coletivas de aumentar os lucros das transações de mercado, de transformar a sociedade através de revoluções violentas, de converter pessoas para Jesus e de alterar o direito ou a compreensão do direito. Apesar da qualidade interativa que caracteriza essas associações transformadoras, contudo, tais grupos possuem necessariamente uma vida interna e um certo grau de limite social; fosse de outra forma, não faria sentido pensar nelas como entidades separadas. É essa organização social, não o dado de identidade de interesses, que requer a ideia de liberdade de associação⁹⁷. A comunhão de interesses e objetivos

⁹⁷ Uma das questões fundamentais no que se refere ao contencioso coletivo é a extensão e as circunstâncias nas quais o mero caráter comum dos interesses pode ser suficiente para

pode conduzir à estabilidade no comportamento social, político e econômico de uma coletividade. Essas regularidades, entretanto, podem ser acomodadas dentro de uma estrutura de direitos individuais. Quando grupos geram suas próprias ordens normativas articuladas no que se refere ao mundo e como eles o transformariam, assim como ao modo de transformação e seu próprio lugar dentro do mundo, a situação se altera – , cria-se um novo *nomos*, com suas conseqüentes reivindicações por autonomia e respeito. Na medida em que a visão e os objetivos de tal grupo são integrativos, contudo, a estrutura de seu *nomos* difere daquela do modelo insular sectário.

Qualquer grupo que busque a transformação do mundo social que o cerca deve desenvolver um mecanismo para essa mudança. Deve existir uma teoria e uma prática do ministério apostólico para os não-conversos, uma teoria e uma prática para a seleção leninista dos quadros e das atividades de crescente consciência de classe, ou uma teoria e uma prática da legislação e da deliberação política. Obviamente, algumas associações – aquelas com propósitos mais limitados – lutam apenas por pequenas mudanças em um mundo entendido como não-problemático. Esse não é o caso de outras associações, como no caso em que a associação transformadora possui sua própria visão, a qual se encaixa juntamente com sua concepção da realidade e suas normas para criar um todo integrado. São consideráveis as descontinuidades entre as respectivas visões, as construções da realidade e as normas colocadas por algumas dessas associações e pelas instituições oficiais do estado. E devo usar o termo “constitucionalismo redentor” como rótulo das posições de associações cujas visões substancialmente diferentes da ordem social requerem uma política transformadora que não pode estar contida dentro da autonomia insular da associação.

Eu uso o termo “redentor” para distinguir esse fenômeno da miríade de movimentos reformistas de nossa história. A redenção tem lugar dentro de um esquema escatológico que postula: (1) o caráter irredimido

fundar o estatuto de parte – isto é, o estatuto de entidade de propósitos comuns para o cotencioso que se diferencia de organização social não destinada ao litígio. O professor Stephen Yeazell colocou esse questão em contexto histórico em uma recente coletânea de artigos. Ver Yeazell, *From Group Litigation to Class Action* (pts. 1 & 2), 27 UCLA L. REV. 514, 1067 (1980); Yeazell, *Group Litigation and Social Context*, 77 COLUM. L. REV. 866 (1977).

(*unredeemed*) da realidade como a conhecemos; (2) a realidade fundamentalmente diferente que deveria tomar seu lugar; e (3) a substituição de uma pela outra. O termo “redentor” também possui conotação de salvação e libertação das pessoas, não somente de “mundos” e de compreensões. Escolhi uma palavra com conotações religiosas do limite tanto pessoal quanto cósmico porque os casos paradigmáticos que tenho em mente requerem exatamente um significado pesado. Eu usarei os exemplos do constitucionalismo radical antiescravagista e do movimento dos direitos civis para ilustrar esse fenômeno. Ambos movimentos buscam liberar as pessoas e o direito, e resgatá-las de uma condição decaída. Esse modo de pensar o direito e a liberdade – compartilhado assim como o movimento das mulheres e o movimento de direito-à-vida – está obviamente ligado às tradições religiosas que evocam o vocabulário da redenção.

2) *Constitucionalismo Antiescravagista: A Competição Entre os Modelos Insular e Redentor.* – Caso tenha existido uma grave falha na topografia normativa do constitucionalismo americano – aparentada em significado e poder de expressão com o princípio sucessório da vida bíblica –, ela foi certamente o lugar ocupado pela escravidão dentro da União durante noventa anos. Determinadas regras particulares associadas com essa instituição, tal como as legislações sobre escravos fugitivos, vieram a assumir um potencial expressivo, comparável àquele do Deuteronômio 21:15-:17. O resgate e a ajuda aos fugitivos, assim como de seus salvadores, eram de uma só vez atos práticos e simbólicos. Vistos em contexto, esses atos fizeram muito mais do que medir a força relativa do comprometimento de uma pessoa com a liberdade e a União. O constitucionalismo era central para o significado do conflito em torno da escravidão porque esse conflito suscitou a questão última de autoridade *versus* significado – o equivalente jurisprudencial da teodicéia na religião⁹⁸. O constitucionalismo antiescravagista tem sido trabalho, nos últimos anos, por mim e por outros

⁹⁸ Ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED* (1975), onde discuto o modo como a estrutura de autoridade da jurisdição judicial coloca um fim na exploração das bases constitucionais para um ataque às leis dos escravos fugitivos. O professor Dworkin frequentemente faz referência à hermenêutica do juiz livre sem falar das limitações da jurisdição, ver Dworkin, *The Law of the Slave-Catchers*, 1975 *TIMES LITERARY SUPP.* (London) 1437 (Resenha de R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*).

juristas, com crescente detalhamento⁹⁹. Nessa subseção, gostaria de enfatizar dois grupos particulares e um aspecto específico de seu pensamento.

O posicionamento dos abolicionistas garrisonianos diante da Constituição dos Estados Unidos é bastante conhecido. Ele é melhor simbolizado pelo discurso de Wendell Phillips por ocasião da captura de George Latimar, um escravo fugitivo, em Boston: “Aqui está a cláusula sangrenta [dos escravos fugitivos] – não se pode apagá-la. A culpa é permitir que essa Constituição viva uma hora sequer (...) Eu amaldiçoo a Constituição desses Estados Unidos”¹⁰⁰. Em outros textos eu sustentei o argumento de que os garrisonianos interpretavam e analisavam a Constituição de uma maneira coerente com os métodos profissionais dominantes de sua época (e da nossa, da mesma forma)¹⁰¹. Através desses métodos interpretativos, os garrisonianos chegaram à conclusão de que a Constituição permitiu que os estados criassem e perpetuassem a escravidão como parte de seu direito municipal, que a Constituição garantia certa proteção nacional para a escravidão onde ela existia e que a Constituição impôs sobre os cidadãos dos estados livres a obrigação de cooperar na corrupta barganha nacional de perpetuar a escravidão. Obviamente, tendo chegado a essas conclusões, Garrison, Phillips e seus seguidores optaram por uma conduta radicalmente diferente daquela adotada pela principal corrente dos tribunais e da advocacia. Eles evitaram a participação governamental e renunciaram às obrigações devidas a um governo fundado sob tal Constituição¹⁰².

A jogada garrisoniana, como aquelas dos religiosos sectários, foi uma jogada direcionada à insularidade nômica – a rejeição de participação na criação de um *nomos* público e geral. Com isso, não é surpreendente

⁹⁹ O trabalho pioneiro sobre o pensamento constitucional antiescravagista é W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848* (1977). Para uma análise crítica e sintética da diversidade do pensamento jurídico antiescravagista, ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 149-158 (1975). Sobre as funções apologéticas do direito, ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 119-23 (1975); e M. TUSHNET, *THE AMERICAN LAW OF SLAVERY, 1810-1860* (1981). Sobre o grande valor em se colocar os argumentos constitucionais em contextos mais amplos do pensamento e da ação antiescravagista, ver D. DAVIS, *THE PROBLEM OF SLAVERY IN THE AGE OF REVOLUTION, 1770-1823* (1975) (especialmente cap. 11).

¹⁰⁰ W. Phillips, Discurso em Faneuil Hall, Boston (30 de outubro de 1842), citado em I. BARTLETT, *WENDELL PHILLIPS: BRAHMIN RADICAL*, p. 117-118 (1961).

¹⁰¹ Ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 150-154 (1975).

¹⁰² Ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 151 (1975); W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848*, p. 228-248 (1977).

descobrir que a qualidade insular do constitucionalismo antiescravagista era conectada com uma mais universal insularidade nômica. De fato, William Wiecek, o historiador pioneiro do constitucionalismo antiescravagista, sustentou que o anti-constitucionalismo garrisoniano é incompreensível e absurdo “se não for integrado com seus componentes não-constitucionais”¹⁰³. O “perfeccionismo” garrisoniano, uma filosofia milenar, apregoava que cada pessoa possuía a obrigação de buscar a perfeição em sua vida ao repudiar o pecado. Os garrisonianos acreditavam que a retirada dos perfeccionistas para sua ilha nômica fechada iria gerar, em última instância, a dissolução do governo. A ação imediata requerida dos perfeccionistas era, dessa forma, a separação de participação no estado. Essa separação não ocasionava a insularidade física ou social, mas a insularidade radical do mundo normativo.

Visto da perspectiva do comprometimento com a insularidade, o interesse hermenêutico dos garrisonianos não repousava na tentativa de encaixar a Constituição em uma definição de comunidade perfeita. Uma vez que a Constituição era um poderoso símbolo para a maioria dos americanos, a *renúncia* às obrigações constitucionais era um ato eloquente criando uma fronteira que definia a fidelidade às implicações da crença perfeccionista. Quando Wendell Phillips e Roger Taney “concordaram” que a cláusula dos fugitivos-do-trabalho do artigo IV da Constituição estabelecia o retorno dos escravos fugitivos, eles concordaram, de certa forma, com o “significado” da Constituição. O mais importante “significado” que Phillips buscou estabelecer, contudo, era a negação da norma autorreferencial de obrigação encontrada na cláusula da supremacia constitucional do artigo VI. Assim, foi o mundo normativo total de Phillips – seu perfeccionismo garrisoniano – que fez sua posição constitucional inteligível dentro da comunidade de resistência e dentro do *nomos* que a suportava. A interpretação positivista de Roger Taney, por outro lado, assumiu um princípio que justificava a obediência à Constituição¹⁰⁴.

¹⁰³ W. WIECEK, THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848, p. 228 (1977).

¹⁰⁴ Ver *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Imagine-se um mundo simples no qual todos tomassem a posição de Roger Taney e contraste essa situação com outro mundo simples no qual metade da população tomou a posição de Taney e a outra metade, a posição de Wendell Phillips. No primeiro mundo, nós iríamos enxergar um consenso sobre o significado da lei do escravo fugitivo. No segundo mundo, não iria se

A relação entre visão, realidade e norma no garrisonianismo precisa ser explorada. O perfeccionismo garrisoniano, por causa de sua exigência de coerência sobre a conduta, necessitava de um sistema de normas que delineasse com precisão a distinção entre aqueles que buscavam a perfeição baseada em Cristo e o resto do mundo. Suas próprias normas, então, demarcaram as distinções encontradas na realidade presente. Mas a realidade é somente um campo para as normas. A visão é o outro. Ao demarcar a realidade, as normas do perfeccionismo garrisoniano implicavam a renúncia de qualquer ênfase no processo de transformação¹⁰⁵.

Essa troca é instrutiva, pois foi realizada de forma completamente diferente pelos arquirrivais dos teóricos garrisonianos – aqueles que Wiecek chama de constitucionalistas radicais¹⁰⁶. Nós podemos compreender melhor a natureza da diferença ao atentar para a jornada normativa de uma pessoa que passou do garrisonianismo para o constitucionalismo radical – Frederick Douglass. Esse é o próprio relato de Douglass sobre sua mudança de posição em relação à interpretação constitucional:

Quando escapei da escravidão, fui colocado em contato com abolicionistas que consideravam a Constituição um instrumento escravagista e, ao descobrir que suas visões eram apoiadas pela totalidade dos ramos do governo, não estranho que eu tenha assumido que a Constituição era exatamente o que esses amigos faziam parecer ser (...) Contudo, não fosse em virtude da responsabilidade de dirigir um jornal público [no oeste de Nova Iorque] e da necessidade imposta sobre mim de me defrontar com visões opostas do círculo abolicionista fora da Nova Inglaterra, eu deveria ter, muito provavelmente, permanecido firme em minhas convicções contra a União. Minhas novas circunstâncias me compeliram a repensar todo o assunto, e a estudar com maior detalhe não somente as justas e devidas técnicas da interpretação jurídica, mas também o projeto, origem, natureza, direitos, poderes e deveres dos governos civis, como

formar tal consenso, porque iria existir uma discordância sobre a justificação da lei e sobre como uma pessoa deveria se comportar em relação à lei. Somente poderia se afirmar que os dois grupos, no segundo mundo, concordam sobre o significado do documento, à parte da necessidade ou da vontade de aplicá-lo. Contudo, o texto é um meio para a ação em seus próprios termos. E não se pode afirmar que duas pessoas concordam com o que o texto requer se elas discordam das circunstâncias nas quais o texto servirá de respaldo para suas ações.

¹⁰⁵ Ver W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848*, p. 247 (1977).

¹⁰⁶ Wiecek examina a filosofia, as táticas e a influência do movimento constitucional radical antiescravagista, ver W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848*, p. 249-275 (1977).

também as relações que os seres humanos estabelecem com ele. Por meio desse percurso de pensamento e leitura eu fui conduzido à conclusão de que a Constituição dos Estados Unidos – publicada para “formar a mais perfeita união, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, proporcionar a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as bençãos de liberdade” – não poderia ter sido projetada ao mesmo tempo para manter e perpetuar um sistema de rapina e assassinato como a escravidão, especialmente ao se constatar que não existe uma palavra sequer na Constituição que autorize essa crença¹⁰⁷.

Indubitavelmente, Douglass está correto em sua apreciação da comunidade como fonte e sustentáculo das ideias sobre o direito. Eu já indiquei de que forma o problema da interpretação constitucional era central para a definição da comunidade garrisoniana e sua visão holística de perfeição na terra. Para Frederick Douglass, mais do que para qualquer outro líder abolicionista, existe uma diferença fundamental. Douglass era o escravo fugitivo. Sua fuga constituía a redenção e o começo de sua vida real¹⁰⁸. A maior necessidade de Douglass era alcançar uma visão do direito que, ao mesmo tempo, validasse sua liberdade e integrasse as normas com uma possibilidade redentora futura para seu povo. Os constitucionalistas radicais criticavam os garrisonianos precisamente por seu fracasso em adotar essa visão. Para os constitucionalistas radicais, a alternativa garrisoniana parecia uma abdicação: “Dissolver a União, em razão desse problema, significa iludir o povo dos estados livres com a falsa noção de que suas responsabilidades cessaram, os escravos, entretanto, continuaram em cativeiro. Quem serão, então, os libertadores?”¹⁰⁹. Quando Frederick Douglass assumiu sua independência política e psicológica de seus benfeitores abolicionistas de Boston, ele escolheu, em certo sentido, a ruptura com o anti-constitucionalismo garrisoniano ao adotar uma visão –

¹⁰⁷ F. DOUGLASS, *LIFE AND TIMES OF FREDERICK DOUGLASS*, p. 261-262 (ed. R. Logan, 1967).

¹⁰⁸ Douglass invocou, em vários trechos de sua autobiografia, uma imagem do começo de sua vida para descrever sua liberdade. Ver F. DOUGLASS, *LIFE AND TIMES OF FREDERICK DOUGLASS*, p. 202, 216, 259 (ed. R. Logan, 1967). Ele também escreveu e verbalizou, diversas vezes, seu medo de retornar à escravidão. Ver F. DOUGLASS, *LIFE AND TIMES OF FREDERICK DOUGLASS*, p. 218-219 (ed. R. Logan, 1967); Carta de Frederick Douglass para Henry C. Wright (22 de dezembro de 1846), reimpresso em F. DOUGLASS, *THE LIFE AND WRITINGS OF FREDERICK DOUGLASS*, v. 1, p. 204 (ed. P. Foner, 1975).

¹⁰⁹ CONVENÇÃO DOS ABOLICIONISTAS POLÍTICOS RADICAIS, ATAS DA CONVENÇÃO DOS ABOLICIONISTAS POLÍTICOS RADICAIS, p. 44 (New York, 1855).

uma visão de mundo alternativa na qual toda a ordem da escravidão americana estaria despida de bases fundadas no direito¹¹⁰.

A avaliação de William Wiecek sobre o constitucionalismo radical é a seguinte: “no curto prazo, [ele] foi um fracasso”¹¹¹. Ele aponta que os radicais se tornaram crescentemente sectários, ainda que atribua, no longo prazo, um significado ao seu uso do direito natural na exegese constitucional¹¹². O caráter sectário do pensamento normativo do abolicionismo radical, contudo, possui certas peculiaridades. Esse constitucionalismo utópico idealizado pelos radicais possui sua razão de ser na transformação das condições de vida social. Ele surge da inabilidade dos utópicos em suportar a dissonância da legalidade do intolerável e é, portanto, como toda escatologia nômica, extremamente instável. Seus adeptos se veem no dilema de desistir de sua conexão com o caso concreto, inclusive dos previsíveis padrões de conduta de outros atores, ou desistir da visão. A visão da escravidão destruída pelo poder do direito requer, para sua realização, a participação de uma comunidade mais numerosa que exerça o poder estatal. A lógica do perfeccionismo permite que se persiga um *nomos* puro sem a *polis*. Entretanto, para que um *nomos* seja redentor, no sentido posto na visão de Douglass, necessita-se de mais.

Se o direito reflete a tensão entre o que é e o que poderia ser, o direito somente pode se manter enquanto os dois aspectos estejam perto o suficiente um do outro para revelar uma linha de interação humana que os traga à reconciliação temporária e parcial. Todos os movimentos utópicos e escatológicos que não se retiram para a insularidade arriscam fracassar na conversão da visão para a realidade e, com isso, no rompimento da tensão. Nesse ponto, eles podem ser movimentos, mas não são mais movimentos do direito.

¹¹⁰ Sobre o rompimento de Douglass com os garrisonianos, ver F. DOUGLASS, *THE LIFE AND WRITINGS OF FREDERICK DOUGLASS*, v. 2, p. 48-66 (ed. P. Foner, 1975). Para uma declaração poderosa do posicionamento constitucional de Douglass, ver seu discurso, *The Constitution of the United States: Is It Pro-Slavery or Anti-Slavery?* (26 de março de 1860), reimpresso em F. DOUGLASS, *THE LIFE AND WRITINGS OF FREDERICK DOUGLASS*, v. 2, p. 467-480 (ed. P. Foner, 1975).

¹¹¹ W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848*, p. 274 (1977).

¹¹² Ver W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848* (1977).

Enquanto seu movimento perdurou, os constitucionalistas radicais contribuíram imensamente para o crescimento do direito. Eles construíram um ataque constitucional sobre a escravidão a partir da estrutura geral da Constituição; desenvolveram um ataque literal baseado na linguagem da cláusula do devido processo e nas disposições do júri e do grande júri (*grand jury*) da Quinta e da Sexta emendas; eles estudaram metodologias interpretativas e empregaram conscientemente aquela mais favorável aos seus fins; eles desenvolveram argumentos para ampliar as fontes constitucionais com o intuito de incluir, ao menos, a Declaração de Independência. Seus panfletos, argumentos, colunas e livros integram parte importante da literatura jurídica sobre a escravidão¹¹³, literatura essa que, acredito, eclipsariam substancialmente escritos contemporâneos sobre, digamos, o direito penal americano. Seus trabalhos revelam uma vibração criativa que faz proliferar princípio e preceito, comentário e justificação, mesmo diante de uma ordem jurídica estatal mais propensa a defender como iminente o reinado de Jesus Cristo sobre a Terra do que declarar a escravidão inconstitucional¹¹⁴. Inegavelmente, o direito cresceu nos trabalhos de uma comunidade comprometida com símbolos e discursos compartilhados, narrativas e interpretações comuns.

D. Tribunais “jurispáticos”

O leitor já deve estar cansado, nesta altura, de minha insistência em engrandecer as normas internas, das fantasias redentoras, das petições, das posições ou dos argumentos de vários grupos sobre a palavra “direito”. Num mundo imaginário em que a violência não tivesse papel nenhum na vida, o direito cresceria, de fato, exclusivamente a partir do impulso

¹¹³ Parte significativa da literatura antiescravagista é citada e discutida em R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 149 (1975); W. WIECEK, *THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA, 1760-1848*, p. 249-275 (1977).

¹¹⁴ Compare-se *Vidal v. Mayor of Philadelphia*, 43 U.S. (2 How.), p. 127, 198 (1844) (“Somos compelidos a admitir que, ainda que o cristianismo seja parte da *commom law* estatal, de toda forma isso é assim num sentido qualificado, admitindo-se sua origem divina e sua verdade para que, dessa forma, ela não seja aberta e maliciosamente injuriada e blasfemada, para o aborrecimento dos fiéis e para o prejuízo do público.”); com *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) p. 393, 411 (1857) (“Existem duas cláusulas na Constituição que apontam direta e especificamente para o negro como raça e como uma classe separada de pessoas, o que demonstra claramente que eles não são vistos como parte do povo ou dos cidadãos do governo então formado”).

hermenêutico – da necessidade humana de criar e interpretar textos¹⁴⁵. O direito iria se desenvolver dentro de pequenas comunidades de indivíduos comprometidos mutuamente com o texto, interessados com o texto, e na vida comum compartilhada por todos da comunidade. Tais comunidades poderiam divergir sobre questões fundamentais de interpretação, mas as ligações da vida social e o interesse comum iriam comportar algum nível de divergência interpretativa. Em alguma medida, tenho jogado com a fantasia ao sugerir que nós podemos enxergar a realidade subjacente do processo jusgenerativo na forma com que as comunidades reais criam direito e dão significado à lei através de suas narrações e de seus preceitos, através de seu distinto *nomos*.

Mas o princípio jusgenerativo pelo qual o significado prolifera em todas as comunidades nunca existe de forma isolada da violência. A interpretação sempre tem lugar nas sombras da coerção. E, a partir desse fato, nós podemos reconhecer o papel especial dos tribunais. Os tribunais, especialmente os tribunais estatais, são caracteristicamente “jurispáticos” (“*jurispathic*”).

É notável que, no mito e na história, a origem e a justificação de um tribunal é raramente compreendida como sendo a necessidade da lei. Pelo contrário, é entendido como a necessidade de suprimir a lei, de escolher entre duas ou mais leis, de impor determinadas leis de modo hierárquico. É a multiplicidade de leis, a fecundidade do princípio jusgenerativo que cria o problema para o qual o tribunal e o estado são a solução. Em Ésquilo, por exemplo, na recriação das fundações míticas do Aerópago, o direito institucionalizado da *polis* de Atenas é confrontado com o dilema da indeterminação moral e jurídica criada por duas leis, uma invocada pelas Erínias e a outra por Apolo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Por textos, eu não me refiro apenas à fórmula consciente e deliberada dos textos escritos, mas também os textos orais, ver, por exemplo, S. LIEBERMAN, *The Publication of the Mishnah*, em Hellenism in Jewish Palestine, p. 83, 87 (2. ed. 1962); Tedlock, *The Spoken Word and the Work of Interpretation in American Indian Religion*, em Traditional American Indian Literatures, p. 45 (ed. K. Kroeber, 1981), e a “textos sociais”, que implicam a “leitura” dos significados em complexas atividades sociais, ver, por exemplo, C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures*, p. 5 (1973); C. GEERTZ, *Negara* (1980).

¹⁴⁶ Ver AESCHYLUS, *Oresteia (The Eumenides)*, p. 133 (trad. de R. Lattimore, 1953); R. KUHN, *The House, the City, and the Judge* p. 63-94 (1962) (comparando atitudes em relação à lei expressadas por Atena, Apolo e Eríneas na cena de julgamento em *As Eumênides*). As Eríneas reconhecem os elementos jurispáticos das leis da *polis* em sua reclamação: “Deuses das jovens gerações, vocês violaram as leis dos tempos antigos,

Assim como existem mitos nos quais tribunais surgem da “polinomia”, também existem histórias nas quais a polinomia surge da perda dos tribunais. Em uma famosa passagem talmúdica, o Rabino José recria os dias pacíficos antes da destruição de Jerusalém, onde tinha seu lugar o Grande Sinédrio e de onde irradiava a Lei para toda Israel. Após o fim desse tribunal, a Lei se tornou duas leis¹¹⁷. Compreendido o caráter irredimido do estado da controvérsia, o problema de muitas leis pode ser resolvido pela autoridade dos tribunais, ou causado pelo fracasso ou pela falta de autoridade das cortes.

Nós encontramos um estreito paralelo entre argumentos quando nos movemos da antiguidade para as fundações de nossa própria Suprema Corte. Ela, também, é a solução para o problema de muitas leis. Considere-se, por exemplo, a clássica apologia para uma suprema corte nacional em *O federalista*:

Para se produzir uniformidade nessas determinações, elas devem ser submetidas, em último caso, a um Tribunal Supremo. Caso exista, em cada Estado, um tribunal com jurisdição final, é possível que existam tantas determinações finais diferentes quanto existem tribunais distintos. Existem infundáveis diversidades de opinião entre os homens. Nós frequentemente enxergamos não somente diferentes tribunais como os juízes do mesmo tribunal divergindo uns dos outros. Para evitar a confusão que inevitavelmente resultaria das decisões contraditórias de um número de jurisdições independentes, todas nações julgaram necessário estabelecer um tribunal soberano, possuidor do poder de fiscalização geral, e autorizado a decidir e declarar, em última instância, uma norma na administração da justiça¹¹⁸.

roubando-as de minhas mãos.” AESCHYLUS, *The Eumenides*, linhas 778-779, 808-809, em AESCHYLUS, *ORESTEIA (The Eumenides)*, p. 163-164 (trad. de R. Lattimore, 1953). A transição do feudo de sangue para a justiça civil não é uma transição de “ausência de lei” para a “lei”, ou mesmo, necessariamente, de maior para menor violência total. Sobre os modos pelos quais a lei caracteriza todo o “significado” das rixas, das disputas, ver o extraordinário trabalho de William Miller, MILLER, *Choosing the Avenger*, v. 1, LAW & HIST. (publicação prevista 1983).

¹¹⁷ Ver TALMUD BABILÔNICO, *Sinédrio*, 88b.

¹¹⁸ THE FEDERALIST, n. 22, p. 148-149 (A. Hamilton) (ed. E. Bourne, 1947). A rigor, a passagem citada faz referência estritamente à questão das decisões judiciais em matéria de tratados. Mas o argumento se aplica claramente de modo mais amplo, e, em outras partes de *The Federalist*, Hamilton faz referência implícita à discussão citada acima como justificção para o estabelecimento de um supremo tribunal único. Ver THE FEDERALIST, n. 81, p. 119 (A. Hamilton) (ed. E. Bourne, 1947).

Dezesseis anos após a publicação de *The Federalist*, William Cranch escreveu, ao justificar seu empreendimento de reimprimir as decisões da Suprema Corte, o que segue:

Os apologistas modernos da função jurispática dos tribunais não afirmam que o problema esteja centrado na questão da multiplicidade de leis, mas que a controvérsia principal seja a obscuridade dessas legislações. O tribunal supremo remove a incerteza, a falta de clareza e a diferença de opinião sobre o que a lei é. Essa formulação estatal se abre a muitas indagações ou simplesmente cria confusão. Afirmar, como tenho feito, que o problema está centrado na existência de muitas leis é reconhecer a integridade nômica de *cada* uma das comunidades que geraram princípios e preceitos. Isso significa colocar que cada “comunidade interpretativa” que alcançou seu “direito” possui seu próprio *nomos* – narrações, experiências e visões para as quais as respostas normativamente articuladas são as corretas. E significa reconhecer que diferentes comunidades interpretativas irão quase certamente existir e gerar distintas respostas para quaisquer problemas normativos de complexidade substancial.

Por outro lado, afirmar que se trata de um problema de obscuridade da lei ou de diferentes posicionamentos sobre ela parece pressupor que existe uma hermenêutica metodologicamente superior àquelas empregadas pelas comunidades que possuem seu próprio direito. Alguém poderia afirmar que essa suposição foi posta de lado pelo famoso aforismo do Ministro Jackson: “Nós não possuímos a última palavra porque nós somos infalíveis, pelo contrário, somos infalíveis somente porque possuímos a última palavra”¹¹⁹. Atualmente, qualquer reivindicação por um método hermenêutico privilegiado se apresenta como antiquada, mas essa pretensão possui raízes antigas e persiste de modo tenaz no direito. A resposta do Chefe de Justiça (*Chief Justice*) Edward Coke para a reivindicação do Rei James em exercer a jurisdição personalissimamente é uma formulação clássica da posição hermenêutica privilegiada:

A uniformidade não pode ser esperada nesses casos [em que pouca informação pode ser extraída da autoridade inglesa], onde a autoridade jurídica é compartilhada entre um tão vasto número de tribunais independentes, a não ser que as decisões dos vários tribunais sejam conhecidas entre eles. Mesmo no próprio tribunal, a analogia de julgamentos não pode ser mantida se suas decisões estão fadadas a serem esquecidas. (...) Um dos efeitos esperados após o estabelecimento de um judiciário nacional era a uniformidade da decisão judicial; uma tentativa de, com isso, contar os casos decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos não deve necessitar, pois, de uma desculpa (...)

Cranch, Prefácio para 5 U.S. (1 Cranch) p. iii-iv (1804). Assim, a autoridade hierárquica e o aparato de comunicação das decisões são ambas prescritas como soluções para o evidente problema da condição de *polinomia*.

¹¹⁹ *Brown v. Allen*, 344 U.S. p. 443, 540 (1953) (Jackson, J., concordando).

Então o Rei falou que ele pensava que o direito estava fundado na razão, e que ele e outros possuíam razão, assim como os juízes: no que foi respondido por mim, que aquela era a verdade, que Deus havia dotado Sua Majestade com extraordinário intelecto e grandes dotes da natureza; mas Sua Majestade não era versada nas leis do Reino da Inglaterra, e as causas que se referem à vida (...) ou à fortuna de seus súditos não devem ser decididas pela razão natural, mas de acordo com a razão artificial e em um julgamento baseado no direito, direito este que requer longo estudo e experiência¹²⁰

E os juristas contemporâneos que fazem referência a alguma *expertise* especial, estão somente repetindo uma variante desse posicionamento.

Alternativamente, pode-se entender que a posição estatista sustenta, implicitamente, uma convenção do discurso jurídico, e não um método interpretativo superior: o estado e sua hierarquia possuem a capacidade jurisgenerativa exclusiva ou suprema. Todos os outros oferecem sugestões e opiniões sobre como esse singular mundo normativo deveria se parecer, mas somente o estado o cria. A posição de que somente o estado cria a lei, então, confunde o estatuto da interpretação com a condição de dominação política. Isso nos encoraja a pensar que o ato interpretativo do tribunal é privilegiado em termos de ascendência política.

Ainda que essa segunda posição seja uma boa descrição do direito estatal – a Constituição se autoproclama suprema –, essa posição é, na melhor das hipóteses, ambígua quando vista como descrição do que as várias comunidade geradoras de normas entendem estar fazendo. As comunidades insulares frequentemente possuem suas próprias e inequívocas normas de reconhecimento, que competem com o direito estatal. Elas frequentemente habitam um *nomos*, no qual sua distinta *Grundnorm* é suprema a partir de sua própria perspectiva. O modelo constitucional redentor oferece uma perspectiva mais ambígua sobre as convenções do discurso constitucional. Por vezes, grupos redentores podem adotar uma jurisprudência oracular ou, ao menos, uma jurisprudência que

¹²⁰ *Prohibitions del Roy*, 12 Co. 63, 64-65, 77 Eng. Rep. 1342, 1343 (K.B. 1655). Pocock enxerga a tensão entre a razão natural e a técnica do conhecimento de qualquer lei específica como elemento do dilema do estatuto das disciplinas de ação prática nos mundos normativo e intelectual. É um dilema para o qual o historicismo, e a respectiva hermenêutica, se apresenta como solução oferecida. Ver J. POCKOCK, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT*, p. 3-30 (1975).

não possua um caráter ingenuamente positivista. Eles podem afirmar seu constitucionalismo como a verdadeira constituição e denunciar o constitucionalismo dos tribunais não somente como equivocado, mas também “vazio”. Ao mesmo tempo, seria de fato estranho encontrar o constitucionalismo redentor não disposto a conceder os efeitos práticos superiores de assegurar a concordância dos juízes, legisladores e governantes no que se refere às revisões radicais que ele oferece como os únicos e verdadeiros significados constitucionais. Certamente é possível articular um constitucionalismo redentor radical em que a convenção estatal – aquela em que os agentes oficiais do estado criam a lei – é aceita. Os problemas teóricos do estatuto de uma abordagem crítica nesse ordenamento positivista serão ignorados por razões práticas.

Os teóricos que apelam para a pretensão geral de justiça da estrutura política, na qual os tribunais se inserem, elaboram uma reivindicação de certa forma diferente para a posição especial da interpretação judicial. O professor Owen Fiss sustentou tal reivindicação:

De que modo a interpretação do juiz é unicamente autorizadora? Existem duas respostas para essa questão. [Primeiramente], uma interpretação judicial é autorizadora no sentido de legitimar o uso da força contra aqueles que se negam a aceitar ou dar efetividade para o significado materializado naquela interpretação. O segundo senso de autoridade (...) tensiona não somente o uso do poder estatal, mas também uma reivindicação ética de obediência – uma reivindicação de que um indivíduo possui dever moral de obedecer à interpretação judicial, não somente em razão de sua particular autoridade intelectual, (...) mas porque o juiz é parte de uma estrutura de autoridade que é salutar se preservar¹²¹.

Fiss enfatiza que a pretensão de virtude institucional e, conseqüentemente, a reivindicação de obediência através da consciência dependem da rejeição ao “niilismo”, que negaria a possibilidade e o valor da própria interpretação¹²².

Ao colocar que a questão envolve a escolha entre a articulação judicial de valores (ainda que contestados) e o niilismo, Fiss tornou muito fácil a resposta para sua indagação sobre as virtudes institucionais do judiciário e do sistema político do qual o judiciário é parte integrante. O verdadeiro

¹²¹ FISS, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739, p. 755-756 (1982) (notas de rodapé omitidas).

¹²² FISS, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739, p. 762-763 (1982).

desafio apresentado por aqueles que Fiss chama de “niilistas” não é esse “ameaçador vazio”, no qual não seria possível realizar a interpretação. Mesmo aqueles que negam a possibilidade de interpretação devem se engajar constantemente no ato interpretativo. O desafio apresentado pela ausência de uma única e “objetiva” interpretação é, ao contrário, a necessidade de manter o sentido do significado jurídico, apesar da destruição de qualquer pretensa superioridade de um *nomos* sobre outro. Ao exercer sua superior força bruta, contudo, as instituições do direito estatal encerram a criatividade hermenêutica de princípio que se alastra por toda parte em nossas comunidades. Com isso, a questão que se coloca é a extensão em que coerção é necessária para manter o mínimo de condições para a criação do significado jurídico em comunidades interpretativas autônomas.

III COMPROMISSO

No universo normativo, o significado jurídico é criado através de simultânea união e separação, de identificação e objetificação. Porque o *nomos* constitui o processo de ação humana alargado entre visão e realidade¹²³, a interpretação jurídica não pode ser válida se ninguém está disposto a viver de acordo com ela. Certos pensadores podem ser descartados como “meramente” utópicos, não somente porque eles defendem padrões de comportamento radicalmente diferentes daqueles pelos quais nós estamos acostumados a viver, mas também porque eles falham em apresentar vidas alternativas pelas quais nós poderíamos nos comprometer em alargar nossa concepção da realidade em direção à sua visão¹²⁴.

A transformação da interpretação em significado jurídico começa quando alguém aceita as demandas por interpretação e afirma a posição assumida através de atos pessoais de comprometimento¹²⁵. Tal afirmação

¹²³ Gostaria de evocar o aforismo de Nietzsche, sem implicar comprometer-me com ele: “O homem é uma corda esticada entre o animal e o super-homem – uma corda sobre um abismo.” F. NIETZSCHE, *THUS SPARE ZARATHUSTRA*, p. 9 (trad. de T. Common, 2. ed. 1911).

¹²⁴ A *Utopia* de Morus não possui uma fronteira porque não representa, em contexto, um chamado à ação. Ver T. MORE, *UTOPIA* (London, 1516). A *commonwealth* cristã de Calvino, por outro lado, é carregada de ação. Ver Q. SKINNER, *FOUNDATIONS OF MODERN POLITICAL THOUGHT*, v. 2, p. 230-238 (1978).

¹²⁵ Eu não quero dizer que a interpretação válida sempre implica um comprometimento presente e incondicional ao curso da conduta posicionada pelo ato interpretativo. Eu não

ocasiona um compromisso de projetar a compreensão da norma em funcionamento na nossa realidade a partir de todos os mundos possíveis até a visão teleológica que a interpretação implica. A partir da perspectiva Amish, por exemplo, a interpretação do princípio de separação entre igreja e estado começa com a afirmação de que a comunidade Amish irá fazer tudo o que for necessário para manter sua insularidade do primeiro século da cristandade. E o significado dessa afirmação deve incluir a projeção de compreensão da Igreja primitiva sobre mundos ainda não materializados que surgem no seu horizonte interpretativo.

A criação de significado jurídico, entretanto, implica não somente um movimento de devoção e comprometimento, mas também a objetificação do significado com que cada um está comprometido. A comunidade coloca então uma lei, externa ao seu sistema normativo, que ela se empenha em obedecer, e efetivamente obedece em nome da compreensão de seu próprio direito. A objetificação é crucial para os jogos de linguagem que podem ser trabalhados com a lei e com os significados que podem ser criados a partir dela. Caso os Amish vivessem como vivem somente por diversão, ainda assim eles poderiam lutar por sua insularidade. Contudo, eles não seriam desobedientes com nenhum princípio articulado caso fossem obrigados a capitular. Nem poderiam culpar alguém – declarando-o autor de um ato ilícito – caso ele capitulasse.

A criação do significado jurídico ocasiona, então, o compromisso subjetivo com a compreensão objetivada de uma demanda. Ele ocasiona a separação de si do “objeto” da lei e, ao mesmo tempo, requer o engajamento

estou articulando uma ética para entusiastas. De qualquer forma, a diferença entre especulação e interpretação prática – da qual a interpretação jurídica é uma forma – é que a interpretação prática implica comprometimento, não importando o quão contingente ou atenuado esse comprometimento possa ser. A posição que eu defendo aqui é simplesmente uma fraca deturpação da bem mais geral proposição de Heidegger sobre a interpretação:

Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades. Esse *ser para possibilidades*, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a pre-sença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de *interpretação* essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão. [Em razão da alta tecnicidade da obra de Heidegger, optou-se por transcrever diretamente o presente parágrafo de uma tradução brasileira: M. HEIDEGGER, *SER E TEMPO*, p. 204 (trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback, Vozes, 2005) (N. do T.)]

M. HEIDEGGER, *BEING AND TIME*, p. 188-189 (trad. de J. Macquarrie & E. Robinson, 1962).

com aquele objeto como um fiel “outro”. A metáfora da separação permite a alegoria da obediência. Essa objetificação das normas com as quais um indivíduo está comprometido ocasiona, frequentemente, talvez sempre, uma narração – uma história de como a lei, agora um objeto, veio a existir – e, mais importante, como se tornou a lei desse indivíduo. A narrativa é o gênero literário para a objetificação do valor.

O alcance do significado que pode ser dado a cada norma – a interpretabilidade da norma – é definido, dessa forma, tanto pelo texto legal, que objetifica a demanda, quanto pela multiplicidade de compromissos, implícitos e explícitos, que o acompanham. Algumas interpretações são escritas com sangue como parte de sua força de legitimação (*validating force*). Outras interpretações carregam limites mais convencionais para o que será arriscado em seu nome. As narrativas segundo as quais qualquer grupo particular se associa com a lei evidencia o alcance de comprometimento do grupo. Aquelas narrações também proporcionam recursos de justificação, condenação e fundamentação para os atores dentro do grupo, que devem lutar para viver de acordo com suas leis.

Conhecer a lei – e, certamente, viver a lei – é conhecer não somente a dimensão objetiva de legitimação, como também os compromissos que asseguram essas interpretações.

A. Interpretação não-oficial

Na parte II, escrevi sobre a proliferação do significado jurídico – a impossibilidade e indesejabilidade de suprimir o princípio jurisgenerativo, que seria o *DNA* jurídico. Eu sugeri que a proliferação do significado jurídico está em contradição, contudo, com o esforço de cada estado de exercer estrito poder sobre a articulação da lei como um método de controle social. O compromisso, como elemento constitutivo do significado jurídico, inevitavelmente cria conflito entre o estado e os processos jurisgenerativos. Eu me volto, agora, para o problema da interpretação não-oficial – a elaboração de normas por grupos comprometidos em se posicionar contra o estado.

1. *O caso especial da desobediência civil.* – A decisão de agir de acordo com o entendimento segundo o qual a lei validada pela comunidade do próprio ator, mas repudiada pela oficialidade do estado, incluindo seus

juízes, pode ser comumente compreendida como uma decisão de engajamento em desobediência justificável. Mesmo os comentadores cuja perspectiva geral sobre o direito é amplamente estatista têm argumentado que a desobediência fundada em uma interpretação da lei deveria possuir um *estatuto* especial¹²⁶. Refere-se que essa concessão depende do caráter “plausível” da interpretação – plausível no que se refere aos precedentes e às atividades dos tribunais¹²⁷. De acordo com tal teoria, o ator “desobediente” deve levar em conta os pronunciamentos dos tribunais porque “ninguém realiza um esforço razoável para seguir a lei se não aceita o poder geral dos tribunais de alterá-la através de suas decisões”¹²⁸.

A partir desse ponto de vista, contudo, a comunidade que criou e se propôs a viver de acordo com seu próprio e divergente entendimento da lei realiza não somente uma reivindicação de desobediência justificável, mas uma interpretação radical. No momento em que uma pessoa aborda a condição do “desobediente civil” a partir da perspectiva dos tribunais do estado, torna-se difícil evitar o enquadramento da questão jurisprudencial como uma obrigação individual para com a lei estatal. De uma perspectiva jurisprudencial geral, entretanto, conceder um papel tão central para os tribunais (em qualquer sentido diverso de um dado sociológico – isto é, do reconhecimento de que os tribunais dos Estados Unidos carregam a vara mais pesada e, como resultado disso, são a voz a que se atende com mais cuidado) equivale negar à comunidade jurisgenerativa, a partir da qual surge o significado jurídico, a integridade de seu próprio direito.

Consideremos o caso do movimento pacífico dos direitos civis de 1961 até 1964. A comunidade do movimento afirmou que a Constituição dos Estados Unidos contém uma reivindicação moral válida de obediência dos membros da comunidade. Ainda assim, a comunidade também afirmou um entendimento segundo o qual a garantia de igual proteção da Constituição também incluiu o direito de ser atendido em estabelecimentos de uso público sem discriminação racial. Em face das interpretações oficiais da Constituição, que permitiram a continuidade das práticas discriminatórias em lugares públicos, o movimento fez sua escolha: ele iria conformar o

¹²⁶ Ver R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p. 206-222 (1977).

¹²⁷ R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p. 215 (1977).

¹²⁸ R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p. 214 (1977).

comportamento público com a interpretação oficial da “lei”, enquanto iria protestar afirmando que a lei estava “errada”; ou iria conformar seu comportamento público de acordo com sua própria interpretação da Constituição. Nos dois casos, existem “desobediência” e “obediência”. Mas somente a obediência à interpretação própria do movimento da Constituição era, realmente, fiel ao entendimento da lei pela qual os membros do movimento poderiam viver sem coerção. Assim, ao estabelecer sua própria interpretação “livre” da Constituição, os protagonistas do protesto disseram, “Nós afirmamos veementemente isso através de sangue” (ou através de tempo na prisão); “nossas vidas constituem as pontes entre a realidade das atuais declarações oficiais sobre a lei e a visão de nossa lei triunfante” (uma visão que pode, obviamente, nunca se tornar realidade).

Ao provocar a resposta dos tribunais estatais, o ato de desobediência civil altera o significado da lei articulada pela oficialidade. Na visão das cortes, os tribunais podem, ou não, falar através de seu próprio sangue. Certamente, os juízes caracteristicamente não precisam usar de seu próprio sangue para criar significado; como a maioria dos detentores do poder, eles geralmente escrevem seus textos mais sangrentos nos corpos dos detentos da colônia penal. Mas o fato de que todos os juízes são, de alguma forma, pessoas ligadas à violência não significa que eles se regozijem dessa qualidade ou escrevam seus textos de modo leve.

A comunidade que consente com a injustiça da lei oficial não criou nenhuma lei própria. Essa situação não é *sui juris*. A comunidade que escreve artigos jurídicos em periódicos criou uma lei – uma lei ante a qual a oficialidade pode manter sua interpretação, apenas aguentando as críticas de protesto dos artigos. A comunidade que desobedece a lei criminal através da autoridade de sua própria interpretação constitucional, contudo, força os juízes a escolher sua interpretação da lei oficial fazendo uso da violência e, portanto, contra os manifestantes e, assim, permite a polifonia do significado jurídico para estender seu domínio sobre a prática e o controle social. Testa-se o compromisso dos juízes conforme eles são perguntados sobre o que pretendem que seja o significado de sua lei e se a sua mão será

parte da ponte que conecta a visão oficial da Constituição com a realidade das pessoas na prisão¹²⁹.

2. *O compromisso e o problema da violência.* – O Ministro Brandeis compreendeu o problema. Escrevendo sua própria e bastante tendenciosa narrativa sobre o comprometimento dos pais fundadores com a liberdade de expressão, asseverou: “Acreditando no poder da razão, poder este traduzido especialmente nas discussões públicas, [os Pais Fundadores] descartaram o silêncio da coerção da lei – pois esse é o argumento da força em sua pior forma”¹³⁰. Brandeis reconheceu que a dimensão coercitiva da lei é, ela mesma, destrutiva das possibilidades de interpretação. Ao pensarmos sobre interpretação, irrealisticamente, como mera oferta descorporificada de doutrina, a coerção do silêncio sobre a qual Brandeis escreveu iria repousar na reivindicação de que os tribunais deveriam possuir o único e exclusivo poder de oferecer interpretações. Esse é “o argumento de força em sua pior forma”, ilegítimo como método interpretativo.

O pensamento constitucional de Brandeis representa um valioso esforço de resolver a inerente dificuldade apresentada pela violência da lei estatal atuando sobre o processo interpretativo livre. Ele teria atacado o problema da violência do direito ao constitucionalizar os princípios de uma política sem coerção, o que iria gerar um direito dotado de legitimidade, mesmo em suas dimensões coercitivas, em razão de suas origens não coercitivas. A liberdade de expressão deveria funcionar como pivô dessa legitimação – a liberdade de expressão concebida como componente central da vida pública deliberativa¹³¹. Brandeis combinou essa consagração da liberdade de expressão com uma forte tendência descentralizadora na dimensão estrutural de seu constitucionalismo, e dessa forma ele procurou proteger as pré-condições básicas para o exercício dos direitos de

¹²⁹ Para uma extraordinária demonstração do comprometimento judicial com a interpretação estatista, ver *Hamm v. City of Rock Hill*, 379 U.S. 306 (1964).

¹³⁰ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-76 (Brandeis, J., concordando). A citação e seu lugar no pensamento de Brandeis são discutidas em R. COVER, *The Left, the Right, and the First Amendment: 1918-1928*, 40 MD. L. REV. p. 349, 385-87 (1981).

¹³¹ Ver R. COVER, *The Left, the Right, and the First Amendment: 1918-1928*, 40 MD. L. REV. p. 376-380 (1981).

participação garantidos através de sua jurisprudência da Primeira Emenda¹³².

A abordagem de Brandeis, contudo, não foi inteiramente bem sucedida. O apelo estatista por condições “livres” de vida política parece estar fortemente influenciado por uma visão algo romântica da *polis* grega (ou ateniense). Ainda que o federalismo de Brandeis correspondesse a uma conhecida necessidade de participação na vida pública, por volta de meados do século XX os estados já haviam perdido, desde há muito, seu caráter de comunidade política. Eu não sei se essa perda pode ser atribuível, principalmente, à escala do crescimento populacional ou a problemas mais difíceis, como a tentativa de reconciliar a comunidade de significado com o exercício de dominação territorial baseado na violência. Em todo caso, a vida política americana não mais ocorre dentro de um espaço público dominado por mitologias e ritos comuns, ocupado por vizinhos e parentes. Outras bases são necessárias para suportar a vida comum que gera as tradições jurídicas.

A criação de significado jurídico não pode ocorrer em silêncio. E tampouco pode ocorrer sem ação comprometida que distinga o direito da literatura. O duradouro legado de Brandeis pode ser identificado em seu entendimento de que é particularmente problemático aplicar coerção ao silêncio, pois tal coerção destrói o elemento de razão que a interpretação ocasiona. Também é problemático, ainda que em menor grau, que se abandonem práticas que surgem da vida em comum, em determinado espaço dentro de um mundo normativo, devido à coerção. O efeito dessa última forma de coerção é a destruição da experiência e da fé interpessoal que, tanto quanto a “razão”, são constitutivas de nosso entendimento dos mundos normativos. Aqueles que poderiam oferecer um direito diferente daquele do estado não estarão satisfeitos com uma norma que lhes permita falar sem poder viver seu direito.

¹³² Sobre o federalismo de Brandeis, ver, por exemplo, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., discordando); ver também A. BICKEL, *THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS*, p. 116 (1970) (descrevendo Brandeis como o profeta de um movimento em direção à descentralização). Uma excelente análise do federalismo de Brandeis pode ser encontrada no *paper* de um estudante, E. STEINER, *A PROGRESSIVE CREED: THE EXPERIMENTAL FEDERALISM OF MR. JUSTICE BRANDEIS* (manuscrito não publicado no arquivo da Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard).

Sempre que uma comunidade resista a uma regra de silêncio ou a alguma outra lei do estado, é necessário adentrar em uma hermenêutica secundária – a interpretação dos textos de resistência. Para um grupo viver seu direito, em face do previsível emprego de violência contra ele, requer-se uma nova elaboração do “direito” – o desenvolvimento de um entendimento do que é correto e justo no contexto violento que esse grupo encontrará. Essa coletividade deve compreender as implicações normativas da luta e o significado do sofrimento e deve aceitar a responsabilidade pelo que resultará das confrontações que se sucederão¹³³.

Um dos textos de resistência assevera que “todos (...) são dotados por seu criador com certos Direitos inalienáveis.” Mas esse texto continua para conceder aos ditames da prudência que nós devemos “sofrer, enquanto os males são suportáveis” e reconhecer que “um respeito decente às opiniões da humanidade” impõe sobre nós a obrigação de reavaliar, cuidadosamente, as razões que levaram à decisão de resistir¹³⁴. Entre as normas geradas pela interpretação dos textos de direito natural, em um contexto de comprometimento com o percurso da resistência, estão as obrigações de se engajar em um cálculo prudencial de sofrimento e de justificar a resistência perante uma humanidade comum. Bentham poderia criticar a fraseologia dos direitos naturais como “absurdo sobre palafitas”¹³⁵; ele poderia asseverar sua tendência de “impelir um homem, pela força de consciência, a pegar em armas contra qualquer lei que ele venha a não gostar”¹³⁶, porque, caracteristicamente, Bentham falhou em reconhecer que os textos de resistência, como todos os textos, são sempre sujeitos a um processo interpretativo que limita as situações nas quais a

¹³³ Essa “compreensão” pode incluir a aceitação da responsabilidade por derramar sangue ou que outros o façam. Considere-se, nesse sentido, a elaboração, no judaísmo, de um direito que regula a conduta da vítima de violência opressiva (ver D. DAUBE, *COLLABORATION WITH TYRANNY IN RABBINIC LAW* (1965)); e a explicação narrativa da lei do martírio (S. SPEIGEL, *THE LAST TRIAL* (trad. de J. Goldin, 1967)). A tradição de não-violência de Gandhi também é uma lei que “regula” a conduta do resistente “vítima”.

¹³⁴ Declaração de Independência (U.S. 1776). Sobre a Declaração de Independência como um documento revolucionário, ver G. WILLS, *INVENTING AMERICA: JEFFERSON'S DECLARATION OF INDEPENDENCE*, p. 3-90 (1978). Tanto para o texto original de Jefferson quanto para o do Congresso, ver G. WILLS, *INVENTING AMERICA: JEFFERSON'S DECLARATION OF INDEPENDENCE*, p. 374-379 (1978); ver, também, C. BECKER, *THE DECLARATION OF INDEPENDENCE* (1922) (analisando a Declaração de Independência ao focar o próprio documento e a maneira pela qual ele expressa uma ideia motivadora).

¹³⁵ J. BENTHAM, *A Critical Examination of the Declaration of Rights*, em BENTHAM'S *POLITICAL THOUGHT*, p. 257, 269 (ed. B. Parekh, 1973).

¹³⁶ J. BENTHAM, *A FRAGMENT ON GOVERNMENT*, p. 149 (London 1776).

resistência representa uma resposta legítima. Toda compreensão dos textos é qualificada quando esse entendimento é projetado em direção ao futuro.

Ao interpretar um texto de resistência, qualquer comunidade deve se defrontar com violência. Ela deve pensar profundamente sobre as implicações de viver como vítima, ou perpetuadora da violência, em contextos nos quais é provável que a violência venha a surgir¹³⁷. Em relação à violência – enquanto técnica tanto de alcançar quanto de suprimir interpretações ou a existência delas – pode ser dito que se coloca um preço alto nessas interpretações. Mas uma abordagem “econômica” aqui nos faz incorrer em erro. Isso porque a compreensão da lei é a projeção não somente do que nós, de fato, poderíamos fazer em diferentes circunstâncias, mas também do que nós, efetivamente, deveríamos fazer. Comumente, acreditamos que situações de interação violenta sejam dominadas por princípios e valores especiais. Invocar esses princípios, valores e mitos especiais é parte da hermenêutica desses textos de resistência.

As comunidades religiosas possuem uma jurisprudência especial de exílio e martírio; os quadros revolucionários envolvem princípios especiais governando a vida na prisão ou nas barricadas. O mais impressionante é que alguns grupos persistentemente anti-estatais – mas essencialmente

¹³⁷ Algumas teorias da revolução idealizam a violência. Essas teorias devem ser distinguidas de uma teoria da autonomia radical do significado jurídico tal qual eu estou propondo. A jurisprudência é um processo que ocorre nas comunidades que já possuem uma identidade. Os seus membros são, na terminologia de Sartre, já vinculados por um “juramento” (*le serment*), ver J. SARTRE, *CRITIQUE OF DIALECTICAL REASON*, p. 419 (ed. J. Rée, 1976), ainda que tal vocábulo seja demasiadamente sugestivo insinuando um processo contratual, e muito fraco como entendimento cultural estável. Acredito que a complexidade dos entendimentos mútuos trabalhando na comunidade é revelada e transmitida nas narrativas coletivas.

Teóricos da revolução frequentemente se preocupam com a formação dos vínculos coletivos – com o desenvolvimento da “consciência” ou da solidariedade. A violência pode muito bem ser um poderoso catalisador – indiscutivelmente necessário – na química a partir da qual um conjunto de indivíduos, até então não relacionados, torna-se uma força revolucionária autoconsciente. Esse grupo irá, em última instância, oferecer muitas e ricas contribuições para o significado jurídico.

Mas tais realizações coletivas da identidade não são minha preocupação aqui, por mais que elas possam interessar aos teóricos da revolução. O persistente esforço de se viver de acordo com uma lei outra que não aquela da oficialidade do estado pressupõe uma comunidade que já tenha autoconsciência e esteja jurisdicizada de acordo com suas próprias luzes – não uma massa buscando inarticuladamente realização diante de uma situação de brutal dominação. O argumento de que a violência é uma parte necessária da revolução não se aplica à interpretação dos textos de resistência de uma comunidade que vive de acordo com a sua lei. Mas ainda que grupos resistentes que afirmem suas próprias leis não necessitem realizar-se através da violência, eles estão sempre vivendo sob a sombra da violência que sustenta a reivindicação de controle social por parte do estado.

ligados ao direito – desenvolveram uma jurisprudência de não-violência para governar as interações nos campos minados de resistência ativa à violência do estado. Isso é o que os Amish prometem quando sua interpretação de liberdade religiosa falha em convergir com aquela do estado:

A resposta Amish para as formas de constrangimento legal, que poderiam forçá-los a violar sua religião, foi a venda de suas fazenda e a conseqüente mudança (...) Caso esse tribunal sustente a perseguição, isso iria soar como o sino de morte, nesse país, de uma antiga, distintiva e inocente cultura¹³⁸.

Mas nem toda compreensão divergente acerca da lei é suficiente para suportar o poder coercivo do poder do estado. Em uma ocasião, a Universidade Bob Jones interpretou os textos bíblicos sob seu controle requerendo que nenhum homem negro não casado poderia ser admitido na universidade; após o poder estatal ser invocado para negar privilégios tributários para a universidade, a interpretação foi subtraída¹³⁹. Eu não tenho conhecimento sobre até que ponto a ação de coerção estatal causou a mudança interpretativa, mas eu suspeito que a troca foi, ao menos em parte, atribuível à fraqueza do compromisso com o ato interpretativo original. O comprometimento era suficiente para suportar a violência da exclusão racial, conquanto o preço dessa violência não fosse o tratamento hostil da Receita Federal. A ausência de comprometimento com a ação ditada pela interpretação frequentemente produz uma alteração da interpretação em si mesma.

A violência nas mãos do estado eleva as apostas no comércio interpretativo, mas assim também o faz a violência de toda comunidade não-estatal ao definir suas fronteiras ou implementar seu programa

¹³⁸ Alegações dos demandados, p. 26, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (n. 70-110).

¹³⁹ *Bob Jones Univ. v. United States*, 103 S. Ct. 2017, 2023 (1983). A Corte afirmou que a decisão em *McCrary v. Runyon*, 515 F.2d 1082 (Quarto Circuito, 1975), confirmada pela Suprema Corte em 427 U.S. 160 (1976), que havia sustentado que a exclusão racialmente motivada de negros em estabelecimentos educacionais privados é proibida pela norma contida em 42 U.S.C. § 1981 (1976). Também deve se reparar que, em 16 de abril de 1975, a Receita Federal havia notificado a Universidade Bob Jones sobre a possibilidade de revogação efetiva do estatuto de isenção tributária, uma vez que, em 1º de dezembro de 1970, a universidade havia recebido a notificação geral da alteração de interpretação da Receita Federal da norma contida no § 50(c)(3) do Código de Impostos Internos (1976). A alteração nas políticas de admissão da universidade ocorreram em 29 de maio de 1975, seis semanas depois da notificação da Receita Federal e da decisão do Quarto Circuito. Ver *Bob Jones Univ.*, 103 S. Ct. p. 2023.

redentor¹⁴⁰. Em Nauvoo, o exército Mórmon impôs uma “lei” sobre os fiéis que não permitiu nem a saída e tampouco o dissenso efetivo¹⁴¹. A violência da comunidade e a visível posição armada, somando-se ao encarceramento e ao assassinato de Joseph Smith, definiu o cenário para a história constitucional Mórmon – uma história na qual a hermenêutica comum entre comunidade insular e estado sempre pareceu impossível. Em *Late Corp. of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States*¹⁴², o resultado foi a oficialidade justificando a repressão para si mesma. Da perspectiva Mórmon, o longo processo que alçou Utah ao estatuto de estado foi uma exploração do grau de resistência demandado pela obrigação religiosa e pela realidade do poder¹⁴³.

Determinados esforços de interpretar os textos de resistência possuem um caráter estranho e quase amaldiçoado. As reivindicações estatais sobre o significado jurídico são, no fundo, tão rigorosamente ligadas ao monopólio imperfeito do estado sobre o domínio da violência que a reivindicação da comunidade por um significado autônomo deve estar conectada com a vontade da comunidade de viver – em desafio – de acordo com seus próprios significados. O descumprimento deliberado, a guerra de guerrilha e o terrorismo são, obviamente, as respostas mais diretas. Entretanto, elas são respostas que podem ser, como nos Estados Unidos, injustificáveis e condenadas ao fracasso.

Nossa tentativa primordial, na ausência de resistência violenta – substancial, direta e imediata – à lei oficial, é conceder ao estado a

¹⁴⁰ Se os estados tratam os ministérios apostólicos ou os quadros iluminados da revolução como ruptura da paz ou mero sindicalismo criminal, os grupos envolvidos devem estar preparados para gerar suas normas na sombra da violência potencial do direito criminal. Se a oficialidade escolhe compactuar com esses grupos que o ministério apostólico ou o recrutamento de quadros são protegidos constitucionalmente, existe uma convergência de hermenêuticas.

O efeito do estado nos processos jusgenerativos dessas comunidades é completamente simétrico com aquele da comunidade na elaboração do significado jurídico estatal. Um juiz pode reiteradas vezes sustentar um entendimento da lei que se torna crescentemente problemático quando ativamente enfrentado por grupos da sociedade que optem por resistir. A reação do estado aos Amish afeta a lei da comunidade religiosa precisamente do mesmo modo como a reação dos Amish ao estado afeta a lei estatal (obviamente, de certa forma isso equivale a dizer que a massa de minha saca de feijão e a massa da Terra desempenham o mesmo papel na fórmula de determinar como os corpos irão se comportar uns relação aos outros).

¹⁴¹ Ver D. OAKS & M. HILL, *CARTHAGE CONSPIRACY: THE TRIAL OF THE ACCUSED ASSASSINS OF JOSEPH SMITH*, p. 6-23 (1975).

¹⁴² 136 U.S. 1 (1890), modificado, 140 U.S. 665 (1891).

¹⁴³ Ver C. WEISBROD, *THE BOUNDARIES OF UTOPIA* (1980), p. 16-33 (fontes de citação).

principal reivindicação de interpretação e relegar os processos jurisprudenciais de associações, comunidades e movimentos para um estatuto delegativo, secundário e intersticial. Para aqueles não estão dispostos a conceber o direito em um enquadramento eminentemente estatal, contudo, assume especial significado o processo de criação da lei dos Quaker, Amish e outros grupos que fizeram de sua relação com a violência do estado uma questão normativa central. Esse significado repousa na criação de jurisprudências desses grupos, que ordenam as formas e as ocasiões de confronto, uma jurisprudência de resistência que é necessariamente também de acomodação¹⁴⁴.

Seria possível optar por caracterizar as acomodações e as capitulações de pessoas e comunidades, sob ameaças das várias coisas nojentas que o estado pode perpetrar, como sendo elas mesmas parte do mundo normativo. Assim como viver em um mundo econômico ocasiona o entendimento sobre o preço, habitar um mundo normativo ocasiona o entendimento acerca dos compromissos contrários de outros indivíduos. Esse panorama da importância da coerção normativa evita que se privilegie a violência ou as interpretações do estado. Se existe um estado e ele chancela as interpretações de seus tribunais com violência, aqueles de nós que participamos da jurisprudência extra-estatal devemos considerar a questão da resistência e devemos levar em conta a violência do estado como parte de nossa realidade. Mas essa é a soma do que estado adicionou. Primeiramente, o estado influencia na interpretação: para o bem ou para o mal, a maior parte das comunidades irá evitar o conflito total com a interpretação de um juiz, ao menos quando ele fizer valer sua decisão com violência. Em segundo lugar, quando estado e comunidade apresentam interpretações conflitantes, a comunidade deve elaborar a hermenêutica da resistência ou se retirar – empreitada justificadora da tomada de posições institucionais, escolhidas ou forçadas, sobre aqueles que iriam construir um *nomos* diferente daquele do estado.

¹⁴⁴ Ver, por exemplo, A. WASKOW, FROM RACE RIOT TO SIT-IN, p. 219-54 (1966). Para um estudo extenso e fascinante sobre a evolução das doutrinas sectárias de abstenção à participação na guerra e às obrigações estatais relacionadas à guerra, ver R. MACMASTER, S. HORST & R. ULLE, CONSCIENCE IN CRISIS: MENNONITE AND OTHER PEACE CHURCHES IN AMERICA, 1739-1789 (Estudos na História Anabatista e Menonita, n. 20, 1979).

B. O ato de compromisso do ponto de vista dos juízes: a jurisdição como texto secundário

Os juízes são pessoas de violência. Em razão da violência que eles comandam, os juízes caracteristicamente não criam a lei, mas a assassinam. O cargo que ocupam é jurispático. Ao se confrontar com o crescimento exuberante de uma centena de tradições jurídicas, eles decidem qual delas é direito ou tentam destruir todo o resto.

Mas os juízes também são pessoas de paz. Diante de seitas em guerra, com cada uma se cobrindo com sua própria lei, eles afirmam a função reguladora que permite uma vida de direito e não de violência. A extensão da violência que eles poderiam ordenar (mas geralmente não o fazem) equivale à medida da paz e do direito que eles constituem.

A resistência de uma comunidade à lei do juiz, a insistência da comunidade em viver sob sua própria lei dentro de um mundo social maior, levanta a questão do compromisso do juiz com a violência de seu cargo¹⁴⁵. A aquiescência ou a acomodação da comunidade com a interpretação do juiz reforça o processo hermenêutico oferecido pelo juiz e estende, de um modo ou de outro, seu alcance social. O confronto, por outro lado, desafia a reivindicação implícita da autoridade interpretativa do juiz¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Ver *supra* Ponto III.A.1. Para uma discussão sobre juízes que perseveraram na realização de seus atos, embora eles mesmos os considerassem moralmente impalatáveis ou, até mesmo, ilegais ou inconstitucionais se comparados à interpretação “livre” – atos que eles, ainda assim, acreditaram que eram constitucionalmente necessários para as interpretações autoritativas dos tribunais superiores dentro da hierarquia judicial –, ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED* (1975).

¹⁴⁶ Demandam maior estudo os comentários de Abraham Lincoln sobre a decisão *Dred Scott, Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857), feitas durante os debates Lincoln-Douglass. A posição de Lincoln nega fortemente qualquer obrigação de tratar a interpretação da Corte como privilegiada ou vinculante. Porque a jurisdição é inteiramente centrada em caso específico, a única deferência devida à autoridade da Corte é de abster-se da resistência direta às suas decisões específicas. Nós não possuímos qualquer obrigação, de acordo com Lincoln, de relacionar nossa compreensão da lei, e a projeção desse entendimento, à interpretação da Corte. Nossas ações futuras devem ser governadas pelo *nosso próprio* entendimento, e não o da Corte:

Eu não oponho resistência [*Dred Scott*]. Se eu quisesse retirar Dredd Scott de seu mestre, eu estaria interferindo na propriedade de outrem. (...) Mas eu não estou fazendo isso, tudo que estou fazendo é me recusar a obedecer isso como norma política. Se eu estivesse no Congresso, e houvesse uma votação sobre a questão se a escravidão deve ser proibida em um novo território, apesar dessa decisão do caso Dred Scott, eu votaria que ela deveria.

Discurso de Abraham Lincoln em Chicago, Illinois (10 de julho de 1858), reimpresso em A. LINCOLN, *THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN*. v. 2, p. 484, 495 (ed. R. Basler, 1953). A posição de Lincoln equivale à tentativa de separar completamente a projeção da compreensão da decisão que é o exercício direto do poder. Tal separação permite que uma pessoa “concorde” ao se abster de resistir, enquanto que simultaneamente se nega a estender o alcance social da hermenêutica da Corte. Mas a solução de Lincoln é, na

Diante desse desafio, o juiz – que não possui em mãos uma abordagem interpretativa inerentemente superior, tampouco um direito necessariamente melhor – deve separar o exercício da violência de sua própria pessoa. A única forma na qual o emprego de força não se revela como ato jurispático desnudo (*naked jurispatic act*) é através da elaboração do privilégio institucional da força – isto é, da jurisdição. Assim como aqueles que viveriam pelas leis de sua própria comunidade são conduzidos aos textos de resistência, o juiz que iria destruir essa lei recorre aos textos de jurisdição. Os mais básicos textos de resistência são as apologias ou as racionalizações do estado de bem-estar social¹⁴⁷. O juiz, contudo, raramente admite que essas questões subjacentes sejam sequer um problema. A consideração judicial dos textos de jurisdição começa com a justificação, em geral ou em particular, dos tribunais.

O significado dos princípios jurisdicionais através dos quais os tribunais exercem a violência reside no fato de que se separa o exercício da autoridade, ou da violência, por parte do juiz, do ato hermenêutico primário que esse exercício efetua. Todos esses princípios obscurecem a natureza da

melhor das hipóteses, limitada. Algumas dessas decisões projetam consequências nos processos interpretativos a serem realizados no futuro de maneiras que são bastante menos circunscritas do que a decisão *Dred Scott*. As medidas cautelares, com sua ambição de remédio prospectivo, são o mais óbvio exemplo desse tipo de ação. A regulação da vida social orientada para o futuro, de acordo com o projeção controvertida de um entendimento controvertido da lei, provavelmente irá levantar a escolha da correção ou da resistência. Ver A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, p. 254-272 (1962). Bickel corretamente assimila a posição de Lincoln àquela dos grupos que resistiram à decisão de *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). A resistência, contudo, não é má *per se*; seus méritos dependem do que se opõe à resistência e, também, da qualidade da hermenêutica rebelde de resistência. Ver Ponto III.A.2. Para um tratamento sensível da promessa “terapêutica” de resistência, ver BURT, *Constitutional Law and the Teaching of the Parables*, p. 93, YALE L.J. (no prelo, previsto para publicação em 1984).

¹⁴⁷ Em nenhum lugar a conexão é mais clara do que em T. HOBBS, *LEVIATHAN* (ed. W. Smith, 1909) (1. ed. London, 1651). Quando a reivindicação do estado é tão abrangente quanto para Hobbes, o papel da jurisdição é simplesmente auxiliar a autoridade do soberano e é derivativa do próprio conceito de soberania:

Dessa forma, a Interpretação de todas as Leis depende da Autoridade Soberana; e os Intérpretes somente podem ser aqueles que o Soberano deve indicar (para as quais somente os súditos devem obediência). Caso contrário, basta a ação de um intérprete astuto para que seja elaborada uma lei com significado contrário ao do Soberano; através do qual o Intérprete se tornaria Legislador.

T. HOBBS, *LEVIATHAN*, cap. XXVI, p. 211-212 (ed. W. Smith, 1909) (1. ed. London, 1651). Assim, Hobbes conecta o caráter privilegiado que concede à interpretação judicial oficial com o empreendimento maior do Leviatã de justificar a soberania do estado.

Ainda que os textos sobre a jurisdição justifiquem e desculpem a violência do estado, eles podem também agir como limite dessa violência. De fato, a legitimação do privilégio institucional através da lei pode possuir, ela própria, um efeito limitador sobre o estado. Ver E. GENOVESE, *ROLL, JORDAN, ROLL*, p. 25-49 (1974) (discutindo a “função hegemônica do direito”); E. THOMPSON, *WHIGS AND HUNTERS*, p. 258-269 (1975).

obrigação implicada na decisão judicial. O compromisso do resistente é raramente tão obscurecido. Por exemplo, a regra jurisdicional de *Walker v. City of Birmingham*¹⁴⁸ – que uma ordem judicial deve ser obedecida (isto é, aplicada através de violência) mesmo que seja declarada incorreta por um tribunal de apelação ou em sede de revisão colateral – justifica a violência oficial, precisamente, pelo próprio ato de resistência a ela. O tribunal responsável, em última análise, pela interpretação não precisa se comprometer separadamente com a proposição de que sua interpretação particular também está garantida pela violência. É o regime de obediência – de superioridade estatal – que garante a violência.

Walker também pode ser considerado como símbolo forte da equidade (*equity*). A autoridade do tribunal deriva, em última instância, de uma concepção do juiz de equidade (*equity judge*) como garantidor da ordem social, que deve possuir autoridade quase absoluta para por um ponto final nas “desordens” da ação coletiva guiada pela lei ou pelos interesses de quem quer que seja que não aqueles do estado¹⁴⁹. *Walker* repousa fortemente nas razões decisórias de *Howat v. Kansas*¹⁵⁰ – que se enquadra estreitamente dentro da filosofia da Corte Taft (*Taft Court*) –, caso no qual se converteram as medidas cautelares destinadas a deter os conflitos trabalhistas em mecanismo constitucionalmente necessário para a manutenção da ordem pública.

A decisão de *Walker v. City of Birmingham* subordina a criação do significado jurídico ao interesse da ordem pública. É a regra do juiz, a pessoa que está dentro olhando para fora. Ela fala do juiz como agente da violência estatal e como empregador dessa violência contra a desordem “privada” de movimentos, sindicatos, partidos, do “povo”, das “multidões”. Quando o juiz, alinhado com o estado, olha para os atos cometidos por aqueles cuja lei é outra que não a estado, *Walker* verbaliza que a autoridade do tribunal é a maior garantia de interpretar a Constituição ou a lei. Mesmo quando está errado, o juiz deve agir e ser obedecido. O sinal que *Walker*

¹⁴⁸ 388 U.S. 307 (1967).

¹⁴⁹ Desde 1880 até a década de 1920, essa visão da equidade (*equity*) era central para a causa conservadora das medidas cautelares na área do direito trabalhista. Os pontos altos dessa elaboração doutrinária conservadora foram elaborados, principalmente, em *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895) e *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921), que parecem dotar de estatuto constitucional as medidas cautelares trabalhistas.

¹⁵⁰ 258 U.S. 181 (1921).

manda ao juiz é que ele deve ser agressivo ao se confrontar com a resistência privada, porque sua autoridade será contestada mesmo quando estiver equivocado. Além disso, *Walker* diz ao resistente que a autoridade representa tanto – e a interpretação jurídica tão pouco – que mesmo que ele venha a convencer o juiz de que sua interpretação era a correta, ainda assim ele seria punido por sua persistência e por seu comprometimento ativo com essa interpretação.

Do mesmo modo que a doutrina *Walker* coloca as ordens dos tribunais ainda mais além de seu apoio intrínseco à interpretação jurídica substantiva, *Rizzo v. Goode*¹⁵¹, *Younger v. Harris*¹⁵² e *City of Los Angeles v. Lyons*¹⁵³ invocam uma concepção fraca da equidade e, em nome dos princípios de deferência que emergem das ideias de federalismo e separação de poderes, coloca a violência da administração além do alcance do “direito” – mesmo da lei ditada pelo próprio tribunal. As decisões de *Rizzo*, *Younger* e *Lyons* são decisões de juízes que encaram a violência estatal de uma perspectiva externa, como estranhos potenciais. Quando a questão consiste em saber se será dada eficácia plena às interpretações judiciais que *circunscrevem* a autoridade dos detentores da violência estatal, os princípios jurisdicionais requerem que sejam dadas às interpretações dos juízes *menos* do que a sua autoridade intrínseca. Mesmo que se considere que o juiz estava correto ao sustentar que uma prática policial violava o direitos constitucionais das vítimas¹⁵⁴, ou que uma persecução criminal apresentava ameaça ao exercício de direitos constitucionais¹⁵⁵, algum princípio de deferência – seja ele para os estados, os administradores ou as maiorias legislativas – requer que a equidade, o único remédio realmente eficaz, permaneça fora do raciocínio que leva à decisão.

Assim, a equidade é “forte” quando o tribunal está alinhado com a violência estatal e “fraco” quando o tribunal funciona como contrapeso dessa violência. O resultado em todos os casos é a deferência à aplicação

¹⁵¹ 423 U.S. 362 (1976).

¹⁵² 401 U.S. 37 (1971).

¹⁵³ 103 S. Ct. 1660 (1983).

¹⁵⁴ Cf. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362 (1976) (indeferimento da medida cautelar contra as práticas da polícia da Filadélfia).

¹⁵⁵ Cf. *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971) (recusa de trancamento da persecução penal conduzida tendo como fundamento lei estadual alegadamente inconstitucional).

autoritária da violência, independentemente de originar das ordens dos tribunais ou dos sistemas da administração. O direito, mesmo o direito constitucional, sucumbe à hermenêutica da jurisdição. O impulso jurisgenerativo que levou o juiz a considerar inconstitucionais as práticas de estrangulamento (*chokehold*) do Departamento de Polícia de Los Angeles¹⁵⁶, o impulso jurisgenerativo que compele à criação do direito ao forçar o tribunal a se debruçar sobre questões substantivas, é silenciado. A orientação apologética e estatista dos correntes entendimentos jurisdicionais previne que os tribunais consigam alcançar tais questões sensíveis e desafiadoras¹⁵⁷.

As doutrinas contemporâneas federais sobre a equidade, que legitimam a coerção administrativa e judicial sem levar em conta princípios jurídicos, são fortemente ligadas ao princípio geral de Thayer de deferência aos poderes “majoritários”. Eu não pretendo menosprezar o enigma fundamental no âmago da dificuldade contramajoritária. Reconhecidamente, enquanto a administração possui uma base segura ancorada no fator legitimador do governo popular, o veto exercido com fundamento de princípio constitucional por um juiz não eleito apresenta um confronto insolúvel entre princípio e procedimento. Mas é difícil ignorar o fato de que a conexão entre administração e violência coercitiva está sempre presente, enquanto a relação entre administração e política popular pode variar desde a estreita identidade até a delegação mais atenuada¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ver *Lyons v. City of Los Angeles*, 656 F.2d 417 (9º Circuito, 1981) (deferimento de medida cautelar contra o uso da prática de estrangulamento (*chokehold*) pela polícia de Los Angeles), revertido, 103 S. Ct. 1660 (1983).

¹⁵⁷ Sobre o uso de conceitos jurisdicionais pela Suprema Corte para evitar revisar as decisões das autoridades dos estados, ver, por exemplo, FISS, *Dombrowski*, 86 YALE L. J. 1103 (1977).

¹⁵⁸ Mesmo os proponentes da deferência judicial reconhecem que a ação administrativa pode ter somente uma tênue relação com valores majoritários. Ver A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, p. 202 (1962). A dificuldade contramajoritária tem sido um dos principais materiais de discussão no direito constitucional americano, ao menos desde o criticismo de James Thayer do controle de constitucionalidade, ver THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. p. 129 (1893), e do ataque de Holmes à noção de devido processo substantivo em sua divergência em *Lochner*, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 74 (1905) (Holmes, J., divergindo). O trunfo do thayerismo em 1937 não colocou um ponto final no debate, mas realmente transformou suas balizas. Para uma abordagem histórica e doutrinária dessa transformação, ver COVER, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, 91 YALE L. J. 1287 (1982). As implicações doutrinárias da defesa moderada de um limitado controle de constitucionalidade moldaram, em razão da própria dificuldade contramajoritária – uma defesa que pode ser chamada de “solução nota de rodapé

Os princípios jurisdicionais de deferência são problemáticos precisamente porque, como correntemente articulados pela Suprema Corte, eles alinham os atos interpretativos dos juízes com os atos e interesses daqueles que controlam os meios de violência. Quanto mais os juízes utilizam de seus atos interpretativos para se opôr à violência dos governantes, mais eles se aproximam da condição de “ramo menos perigoso” (*least dangerous branch*) sem estarem munidos nem de espada nem de capital, e menos claramente eles se vinculam com a supressão violenta do direito. De fato, a qualidade de seus atos interpretativos e as justificações para seu papel especial – isto é, a hermenêutica da jurisdição – é tudo que os juízes têm à disposição contra a violência da administração. Quando eles se opõem à violência e à coerção dos outros órgãos do estado, os juízes começam a se parecer mais com as outras comunidades jurisgerativas do mundo¹⁵⁹.

Não é somente a “equidade” e a deferência às “forças políticas” que implicam a substituição da hermenêutica da jurisdição pela hermenêutica

número quatro”, por causa de sua derivação do caso *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938) – são melhor trabalhadas em L. LUSKY, *BY WHAT RIGHT?* (1975), e mais recentemente em J. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980). A mais forte reivindicação pelas posições majoritárias e minimalistas no controle de constitucionalidade tem sido habilmente apresentada, primeiramente, por Learned Hand, ver L. HAND, *THE BILL OF RIGHTS* (1958), depois por Herbert Wechsler, ver WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959) e por Alexander Bickel, ver A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962), e mais recentemente por Jesse Choper, ver J. CHOPER, *JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS* (1980). Os mais eloquentes defensores da posição privilegiada dos juízes como articuladores dos valores fundamentais têm sido Michael Perry, ver M. PERRY, *THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS* (1982); e Owen Fiss, ver FISS, *The Supreme Court, 1978 Term - Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979). Ainda que eu advogue por um controle de constitucionalidade agressivo e articulado, a minha posição difere fundamentalmente das de Fiss e Perry, pois não concedo qualquer caráter privilegiado para o trabalho dos juízes. Proponho que os juízes atuem a partir de um constitucionalismo comprometido com um mundo no qual cada uma das muitas comunidades age em consonância com seu próprio *nomos* e está preparada para resistir ao trabalho dos juízes em muitas instâncias.

¹⁵⁹ A breve defesa de Bickel da rejeição da Corte do recurso em *Naim v. Naim*, 350 U.S. 985 (1956) (*per curiam*), um caso que apresentava o problema da constitucionalidade de uma lei do Estado da Virgínia que tratava de matrimônios interracialis, levanta o espectro de uma Corte despida da autoridade que distingue suas interpretações jurídicas daquelas de outras comunidades geradoras de normas:

De fato, um julgamento legitimando tais legislações teria sido impensável (...) mas pode-se indagar se teria sido sábio, quando a Corte tinha acabado de pronunciar seu novo princípio de integração, quando ela estava sujeita a grosseiros ataques de homens que prediziam que a integração das escolas iria levar diretamente à “degeneração da raça” (...) teria sido sábio, precisamente naquele instante, no primeiro caso de sua espécie, numa questão em que se pode dizer que a comunidade negra como um todo não fazia fortes pressões naquele momento, declarar que os estados não poderiam proibir o matrimônio interracial?

A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, p. 174 (1962).

do texto. Consideremos, por exemplo, o juiz de hierarquia inferior supostamente constrangido pela autoridade superior a aplicar a regra que ele acredita que seja errada – não simplesmente errada moralmente, mas errada juridicamente da mesma forma. Nesse caso, o juiz de hierarquia inferior afirma um princípio hierárquico no lugar de suas convicções interpretativas e, dessa forma, atesta diretamente seu comprometimento com o triunfo da ordem hierárquica sobre o significado¹⁶⁰. A extraordinária capacidade de pequenas alterações na composição da Suprema Corte transformarem não somente o direito decisional dessa Corte, mas também o significado estratégico do judiciário federal como um todo, é prova do compromisso dos juízes com a ordem hierárquica em primeiro lugar, relegando a integridade interpretativa a segundo plano¹⁶¹. Caracteristicamente, os compromissos dos juízes devem ser estabelecidos em relação à estrutura da autoridade. Ausente esse cânone jurisdicional, o juiz deveria medir a violência gerada – em cada caso – com seu compromisso pessoal com esse significado que respalda a violência.

A lógica da prática dos juizes de justificar sua violência através do comprometimento não com a finalidade de que a violência serve para aquele caso específico, mas para a própria estrutura da jurisdição, não deveria estar a serviço dos interesses do estado como ocorre atualmente. É possível conceber um direito natural da jurisdição que possa substituir a versão positivista que descrevi. Ao elaborar essa lei da jurisdição, um juiz pode recorrer às narrativas de resistência judicial – à resistência de Lord Coke ao Rei James¹⁶², à resistência de Taney a Lincoln¹⁶³ ou à incrível

¹⁶⁰ Ver R. COVER, *JUSTICE ACCUSED*, p. 252-256 (1975) (descrição de recusa do tribunal estadual de conceder ordem de *habeas corpus* para libertar homens que auxiliaram na fuga de escravos de detenção federal).

¹⁶¹ Por óbvio, sobre a possibilidade de uma formação de uma maioria de 5 a 4 na Suprema Corte vincular, ou não, a atividade interpretativa de todos os juízes, pode-se afirmar que tal questão possui todos os pontos fortes e as fraquezas dos argumentos da regra majoritária. Certamente, a maioria nem sempre está correta, mas é seguro dizer que não faria sentido que a interpretação fosse governada por uma minoria de 4 a 5. O que é importante pontuar, contudo, não é a justificabilidade da estrutura jurisdicional, mas simplesmente sua existência.

¹⁶² *Prohibitions del Roy*, 12 Co. 63, 77 Eng. Rep. 1342 (K.B. 655). Para uma discussão que desmistifica um pouco o caso, ver C. BOWEN, *THE LION AND THE THRONE: THE LIFE AND TIMES OF SIR EDWARD COKE*, p. 303-306 (1956).

¹⁶³ *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861); ver C. SWISHER, *THE TANEY PERIOD, 1836-64*, p. 844-53 (Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States n. 5, 1974); C. WARREN, *THE SUPREME COURT IN UNITED STATES HISTORY*, v. 3, p. 90-96 (1924).

resistência corajosa de diversos juízes de Gana diante dos protagonistas de um golpe de estado militar¹⁶⁴. O juiz deveria então defender sua própria autoridade de se sentar para julgar sobre aqueles que exercem violência extra-legal em nome do estado. Em uma situação verdadeiramente violenta e autoritária, nada é mais revolucionário do que a insistência de um juiz em afirmar que ele exerce essa “jurisdição” – mas somente se essa jurisdição implica a articulação dos princípios jurídicos de acordo com uma hermenêutica independente. O comprometimento com um processo jurisgenerativo que não faz deferência à violência da administração é a única esperança do juiz em se desembaraçar parcialmente da violência do estado¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Em 4 de junho de 1979, um governo militar foi substituído por outro em um golpe militar. Os novos governantes, o Conselho Revolucionário das Forças Armadas (AFRC), prometeu o rápido retorno a um governo civil. A promessa foi cumprida, em certo sentido, três meses mais tarde com o retorno formal de um governo civil sob uma nova constituição. A Constituição de 1979 continha diversas disposições especiais, incluindo o artigo 15, que tratava das chamadas cláusulas de transição – cláusulas desenhadas para fazer precluir, em verdade, a revisão de todos os atos perpetrados pelo AFRC. Ao interpretar essas cláusulas, diversos juízes de Gana reservaram para si um poder residual de investigação, nos casos de petições de *habeas corpus* ou de outras ações judiciais que tivessem como objeto essa sorte de revisão judicial. Entre esses juízes, variava o grau no qual eles enunciavam sua manipulação da negativa constitucional da jurisdição. Compare-se com a decisão altamente articulada do juiz Taylor em *Ex parte Forson* (Alta Corte de Accra, 19 de maio de 1980), que recorre conscientemente à história jurídica inglesa (voto arquivado na Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard), com a menos engenhosa abordagem do juiz Koranteng-Addow em *Ex parte Shackelford* (Alta Corte de Accra, 8 de agosto de 1980) (voto arquivado na Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard). A Suprema Corte de Gana não apoiou as ações dos juízes Taylor e Koranteng-Addow: em *Kwakye v. Attorney-General*, seis ministros indeferiram a petição, com uma única divergência do juiz Taylor. Ver *Kwakye v. Attorney-General* (Suprema Corte de Gana, Corte Superior da Judicatura, 10 de novembro de 1981) (votos de Apaloo, Sowah, Archer, Crabbe e Taylor, arquivado na Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard). Quando o AFRC está vigiando de perto os juízes, tanto a abordagem direta quanto a mais ingênua de manutenção da jurisdição em face do novo poder estabelecido podem ser fatais. Em 31 de dezembro, o AFRC tomou o controle do governo de Gana. Em junho de 1982, o juiz Koranteng-Addow desapareceu e mais tarde foi encontrado morto. Outros dois juízes também foram assassinados. Uma comissão de inquérito foi estabelecida, mas não chegou a quaisquer conclusões.

Estou em dívida com Anne-Marie Ofori por chamar minha atenção a esses eventos e por fornecer cópias dos julgamentos dos tribunais de Gana nos casos acima mencionados. Em seu trabalho inédito, A. Ofori, *Continuity and Change in the Ghanaian Legal System: The Coup D'etat and After* (1983) (arquivado na Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard), Ofori descreve a coragem de diversos juízes de Gana em insistir na possibilidade de utilização de *habeas corpus*; seu relato traz a tona importantes questões jurisprudenciais para as dominantes ideologias positivistas do direito.

¹⁶⁵ Considere-se, por exemplo, a decisão da Corte em *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) e *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944). Diferentemente de *Ex parte Merryman* 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861), esses casos não envolviam uma suspensão explícita do instituto do *habeas corpus*. Em vez disso, a Corte se deparava com uma situação similar àquela das cláusulas de transição apresentada ao juízes de Gana. Ver *supra* nota 164. A Corte possui jurisdição sobre a matéria, mas o Executivo pleiteava por uma virtual ratificação autoritária das ações efetivadas através da aplicação de critérios patentemente injustos em tempos de crise. O valor da corajosa insistência de Taney sobre

Tal hermenêutica da jurisdição, contudo, é arriscada. Ela implica um comprometimento com a luta, com um resultado que – moral e fisicamente – é sempre incerto. É muito mais fácil perseguir a hermenêutica positivista da jurisdição. Os juízes estão certamente corretos em pensar que a questão do poder será raramente posta em debate se eles assumirem um papel de impotência jurisdicional diante da violência dos agentes da administração. Entretanto, o significado que os juízes dão à lei não é privilegiado, e nem sempre digno de receber maior validade do que aquele significado do resistente que ele colocou na cadeia. Ao proporcionar à lei *aquele* significado, eles destroem os mundos que poderiam ser construídos sobre a lei das comunidades que se submetem à violência superior do estado e radicalizam os compromissos daqueles que seguem resistindo.

IV AS VIRTUDES IMPERIAIS

Na parte II eu citei o aforismo de Simão ben Gamaliel de que o mundo se sustenta sobre os fundamentos de justiça, verdade e paz. Essas características imperiais são, de algum modo, jurispáticas em contraste com a paideia da Torá que Simão, o Justo, descreveu. Mas o Templo *foi* destruído – e isso significa que *não é* mais unitário, e que qualquer hermenêutica implica outra. Manter a paz não é tarefa simples ou neutra. Isso porque nem todas as trajetórias interpretativas insulares nos mundos normativos criados ao redor de nós são insulares. Os mundos normativos que nós criamos são todos, ao menos em parte, redentores. No que se refere a um mundo de constitucionalismo redentor, o tribunal deve negar aos redencionistas o poder do estado (e assim trunchar o crescimento de seu direito ou forçá-los à resistência) ou compartilhar de sua interpretação. O tribunal irá empregar frequentemente a hermenêutica secundária da jurisdição para negar a visão redencionista. Em última análise, contudo, é precisamente a estrutura da jurisdição que atesta a responsabilidade pela visão constitucional aos tribunais¹⁶⁶. Os tribunais podem depender do

a jurisdição em *Merryman* é corrompido pelo tipo de deferência mostrada na afirmação da autoridade durante uma crise em *Koremnatsu*. De fato, *Ex Parte McCardle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869), que convalida a restrição congressual da jurisdição da Suprema Corte, limita o alcance da norma estabelecida em *Merryman*.

¹⁶⁶ Essa é uma questão que diz respeito ao direito positivo estatal. Existem muitas outras formas para distribuir as funções estatais especializadas de interpretação do direito. Ver,

anteparo jurisdicional e das regras de tolerância para evitar que matem o direito das comunidades insulares que forjam nosso panorama normativo. Mas eles não podem escapar da responsabilidade por aplicar ou se negar a aplicar o poder de completar a visão redentora.

O problema pode ser exemplificado pelo tratamento da Suprema Corte sobre as reivindicações concernentes à educação das crianças e da juventude. As reivindicações de ambas visões, insulares e redencionistas, possuem particular força: a união entre grupo e indivíduo é, por definição, paidéica, e as disputas sobre questões educacionais levantam o problema do caráter da paideia que ainda vai constituir o mundo da criança. O tratamento do direito constitucional americano tem respondido de dupla forma. Algumas decisões levaram em conta as tendências perigosas da paideia estatista e marcaram seus limites através da especificação formal dos limites do significado público. *West Virginia v. Barnette*¹⁶⁷, *Epperson v. Arkansas*¹⁶⁸ e os *School Prayer Cases*¹⁶⁹ são pontos de referência, ainda que todos tenham origem, de certa forma, em *Meyer v. Nebraska*¹⁷⁰. Mesmo que essas decisões sugiram que a especificação de significado por parte do estado seja perigosa no que se refere à religião e à política, as controvérsias desses casos estão presentes em todos os currículos escolares públicos¹⁷¹. Não pode ser traçada nenhuma linha divisória nítida entre os problemas de *Epperson* e aqueles de um típico currículo de história. De maneira similar, o caráter confessional ou sacramental dos enunciados em *Barnette* e nos *School Prayer Cases* os distinguem somente no grau de caráter confessional de todas as reivindicações de verdade e de significado¹⁷².

O fato de que o currículo público mesmo seja o problema central cujo limite exterior se enfatiza em *Barnette* e *Epperson* pode ser constatado de

por exemplo, M. SHAPIRO, COURTS, cap. 5 (1981) (discussão sobre a ausência de apelação na lei islâmica).

¹⁶⁷ 319 U.S. 624 (1943).

¹⁶⁸ 393 U.S. 97 (1968).

¹⁶⁹ *School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

¹⁷⁰ 262 U.S. 390 (1923). Ainda que *Meyer* repouse sobre os direitos do devido processo substantivo dos professores, de toda forma ele pressupõe a determinação constitucional de que as decisões curriculares que levaram à exclusão dos cursos de língua alemã dos currículos das escolas não foram justificados.

¹⁷¹ Ver HIRSCHOFF, *Parents and the Public School Curriculum: Is There a Right to Have One's Child Excused From Objectionable Instruction?*, 50 S. CAL. L. REV. 871, 955 (1977).

¹⁷² Para uma discussão sobre o comprometimento pessoal implicado na afirmação da verdade, ver M. POLANYI, *PERSONAL KNOWLEDGE* (1958).

outro modo. A debilidade da reivindicação estatal de possuir autoridade para atuar como árbitro formal entre visões do bem pode ser evidenciada em sua propensão em abdicar do projeto de elaborar significado. O currículo público é um constrangimento, pois ele representa o estado no âmago do empreendimento paidéico e estabelece uma base estatal para a criação do significado, assim como para as estipulações da lei. O reconhecimento desse dilema levou à segunda dimensão do precedente constitucional sobre a educação escolar – um reconhecimento supreendente da autonomia insular para todas as sortes de grupos e associações. O princípio de *Pierce v. Society of Sisters*¹⁷³ sempre se baseou no devido processo substantivo que protegeu não somente a educação religiosa, mas também a educação privada em geral, e provou ser o único sólido sobrevivente de uma era de devido processo substantivo. *Wisconsin v. Yoder*¹⁷⁴ reconheceu uma autonomia ainda maior para as comunidades religiosas. O reconhecimento estendido do estado de autonomia associativa na educação é o resultado natural da compreensão do caráter problemático do papel paidéico do estado. Em suma, devem existir limites para as prerrogativas estatais de proporcionar significado interpretativo quando ele exerce a função educativa. Mas o exercício em si é problemático; assim, a alternativa insular privada está essencialmente protegida. Qualquer alternativa a esses limites iria se apresentar como um convite para esmagar o caráter jurisgenerativo. O estado pode se tornar comprometido com seu próprio significado e destruir os laços pessoais e educacionais que são o germe dos significados alternativos que se diferenciam daqueles dos detentores do poder.

O papel central da escola na ordem paidéica se conecta à liberdade de associação educacional com o próprio impulso jurisgenerativo. A Universidade Bob Jones recorreu a esse princípio em sua tentativa de se estabelecer como comunidade anormativa autorizada a se proteger contra o cerco estatista:

Trata-se de uma instituição religiosa e educacional. Seus professores devem ser cristãos devotos e todos os cursos da Universidade são ensinados de acordo com a Bíblia. Os alunos que ingressam na instituição são avaliados de

¹⁷³ 268 U.S. 510 (1925).

¹⁷⁴ 406 U.S. 205 (1972).

acordo com suas crenças religiosas, e suas condutas públicas e privadas são estritamente reguladas pelos padrões estabelecidos pelas autoridades da Universidade¹⁷⁵.

As interpretações das escrituras da universidade considerou proibidos o namoro e o casamento interracial. Pessoas negras tinham sua admissão para Universidade Bob Jones negada até 1971. De 1971 a 1975, a universidade não aceitou pedidos de ingresso de negros solteiros. A partir de 29 de maio de 1975, a universidade passou a aceitar estudantes sem levar em conta a raça, mas proibiu, sob pena de expulsão, o namoro interracial, o casamento interracial, a defesa da violação dessas proibições e a participação em grupos que defendiam o casamento interracial¹⁷⁶.

Na realidade, a universidade pretendia atrair para si uma insularidade nômica que iria proteger da lei pública geral que proibia a discriminação racial. Implicitamente, ela reivindicava imunidade dos efeitos da seção § 1981 do 42 U.S.C.¹⁷⁷ que, de acordo com o que decidiu a Corte em *Runyon v. McCrary*¹⁷⁸, proibia a discriminação racial na educação privada. A Corte, em *Runyon*, explicitamente se esquivou de decidir se seu julgado se aplicava às escolas religiosas¹⁷⁹. A proteção que a Universidade Bob Jones reivindicava está localizada, como vimos, na miríade de narrativas de insularidade. *Bob Jones University* foi apoiada, entre outros, pelos Amish, pelos menonitas e por algumas organizações batistas e judaicas, pois a tipologia que sua reivindicação implica é aquela da autonomia paideica da comunidade religiosa na educação da juventude¹⁸⁰.

Entretanto, a abordagem interpretativa adotada em direção a esse caso pode mudar drasticamente quando os argumentos antagônicos são enquadrados em uma narrativa constitucional redentora. Nesse sentido, é

¹⁷⁵ *Bob Jones Univ. v. United States*, 103 S. Ct. p. 2017, 2022 (1983).

¹⁷⁶ *Bob Jones Univ. v. United States*, 103 S. Ct. p. 2022-2023 (1983).

¹⁷⁷ 42 U.S.C. § 1981 (1976).

¹⁷⁸ 427 U.S. 160 (1976).

¹⁷⁹ *Bob Jones Univ. v. United States*, 103 S. Ct. p. 67 (1983)

¹⁸⁰ Entre os memoriais de *amicus curiae* em favor da Universidade Bob Jones estavam aqueles da Conferência Geral da Igreja Menonita, da Associação Nacional de Evangélicos, do Comitê Nacional para Liberdade Religiosa Amish, das Igrejas Batistas Americanas e da Comissão Nacional Judaica sobre Direito e Assuntos Públicos. Ver memoriais de *amicus curiae* em favor do autor, *Bob Jones Univ.* (n. 81-83). O Comitê Judaico-Americano e a Liga Anti-Difamação do B'nai B'irth, contudo, protocolizaram memoriais em favor dos Estados Unidos. Ver memoriais de *amicus curiae* para o demandado, *Goldsboro Christian Schools, Inc. v. United States*, 103 S. Ct. 2017 (1983) (n. 81).

instrutivo contrastar o tratamento das reivindicações de insularidade em *NLRB v. Catholic Bishop*¹⁸¹ e em *Bob Jones University*¹⁸².

Em ambos os casos, *Catholic Bishop* e *Bob Jones University*, uma agência da administração pública havia interpretado a linguagem bastante geral de uma lei para limitar a autonomia nômica de uma escola religiosa. Em *Catholic Bishop*, o Conselho Nacional de Relações do Trabalho [NLRB, *National Labor Relations Board*] sustentou que, aos professores laicos de um seminário paroquial e de um colégio, aplicava-se a jurisdição da Lei Nacional das Relações do Trabalho [NLRA, *National Labor Relations Act*]¹⁸³. Com isso, os professores estavam autorizados a começar um procedimento para estabelecer a unidade de pleito e, assim, desencadeava-se a obrigação de que o empregador, o Bispo Católico de Chicago, deveria negociar de boa-fé. A Suprema Corte reconheceu o pleito por autonomia das escolas religiosas ao sustentar que a agência não deveria ter escolhido uma interpretação da Lei Nacional das Relações do Trabalho que, naqueles termos, implicava valores protegidos pela Primeira Emenda, a não ser que uma interpretação contrária estivesse amparada por um texto ou por cristalina história legislativa¹⁸⁴. A maioria não encontrou uma narrativa redentora forte para amparar a vontade de aplicação da lei por parte do Conselho Nacional de Relações do Trabalho. Para a Corte, o eixo organizador da história redentora pela luta de proteção dos direitos trabalhistas de organização e de negociação pareceu envolver as escolas religiosas apenas marginalmente; na medida em que a Corte percebia as normas de autonomia educacional como sendo centralmente relacionadas com as narrações de livre exercício religioso.

Bob Jones University representa um paralelo formal com *Catholic Bishop*. A Receita Federal havia feito uma interpretação bastante extensiva da linguagem da lei que antecedia as controvérsias público-particulares em questão. Ela havia decidido que a seção 501(c)(3) do Código de Impostos Internos [IRC, *Internal Revenue Code*]¹⁸⁵, que concede o estatuto de imunidade tributária para determinadas organizações, incluindo a

¹⁸¹ 440 U.S. 490 (1979).

¹⁸² Ver 103 S. Ct. p 2034-35.

¹⁸³ 29 U.S.C. §§ 151-169 (1976 & Sup. V, 1981).

¹⁸⁴ 440 U.S. p. 507.

¹⁸⁵ 26 U.S.C. § 501(c)(3) (1976).

qualificação como instituições religiosas e educacionais, e a seção 170¹⁸⁶, que permite que os contribuintes possam deduzir as contribuições para as organizações da seção 501(c)(3), devem ser interpretadas de modo a excluir desse tratamento preferencial as escolas que não possuam “uma política racial de não-discriminação dos estudantes”¹⁸⁷. Nem o texto do Código, nem a história legislativa anterior à decisão da Receita Federal de 1970 pareceu conduzir a tal interpretação¹⁸⁸. Através da interpretação de uma linguagem geral, assim como em *Catholic Bishop*, a agência lançou as bases para o estabelecimento da interferência substantiva na insularidade nômica de uma instituição religiosa educacional (a decisão original da Receita Federal não estava adstrita às escolas religiosas, mas a agência negou-se a eximi-las dessa interpretação geral)¹⁸⁹.

Existem diversos fundamentos possíveis para distinguir os dois casos. *Catholic Bishop* pode ser considerado um símbolo da imposição direta de regulação federal, enquanto *Bob Jones University* representa “somente” a negação de isenção tributária. A análise da Corte sobre a imunidade tributária em *Regan v. Taxation with Representation*¹⁹⁰ sugere que tal

¹⁸⁶ 26 U.S.C. § 170 (1976 & Sup. V, 1981).

¹⁸⁷ Rev. Rul. 71-447, 1971-2 C.B. 230, esclarecido em Rev. Proc. 72-54, 5972-2 C.B. 834, e substituído por Rev. Proc. 75-50, 5975-2 C.B. 587.

¹⁸⁸ O único apoio na história legislativa para o resultado de *Bob Jones University* foi o comportamento do Congresso depois da decisão da Receita Federal de 1970. Ver *Bob Jones Univ.*, 103 S. Ct. at 2032-2034. A confiança da Corte na inércia congressual é bastante interessante em face da quase simultânea invalidação do veto legislativo por parte da Corte. Ver *Immigration & Naturalization Serv. v. Chadha*, 103 S. Ct. 2764 (1983). *Chadha* parece sugerir que o comportamento congressual que manifesta insatisfação com a ação regulatória não pode ter força de lei a não ser que possua as características formais da legislação, de acordo com o artigo I da Constituição. Com isso, não é difícil enxergar de que forma o “consentimento” congressual, em uma movimentação regulatória como observada em *Bob Jones University*, possa ter qualquer força legal (ver 103 S. Ct. p. 2033).

A depender das circunstâncias, o consentimento congressual em uma interpretação administrativa pode representar maior ou menor evidência da intenção congressual no momento em que a legislação foi publicada. Dado que o § 501(c)(3) foi promulgado décadas antes da decisão da Receita Federal de 1970, e sem considerar a questões levantadas naquele julgamento administrativo, o consentimento do Congresso no julgamento dificilmente demonstra a intenção da legislatura na promulgação. Ainda que eu não me oponha a considerar as interpretações e as intenções do presente Congresso em nossa leitura da lei, pessoalmente me resulta difícil enxergar como a conduta do Congresso que não emprega as formalidades do artigo I da Constituição possa ter alguma força normativa em *Bob Jones University*, mas não possa ter tal força no caso de um veto legislativo.

¹⁸⁹ Ver *Bob Jones Univ.*, 103 S. Ct. p. 2021-2025.

¹⁹⁰ 103 S. Ct. 1997 (1983). “Nós temos sustentado em diversos contextos que uma decisão da legislatura de não subsidiar o exercício de um direito fundamental não infringe aquele direito, e assim ele não está sujeito a rígido escrutínio.” 103 S. Ct. p. 2003 (1983) (citando *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977); e *Buckley v.*

distinção pode ser importante. Contudo, esse argumento é pouco convincente e não representa o fundamento defendido pela Corte¹⁹¹. Pelo contrário, a Corte confrontou-se com o argumento de proteção insular ao asseverar o interesse governamental “em erradicar a discriminação racial na educação”¹⁹². O Ministro Presidente Burger recorreu a uma variedade de esforços executivos, legislativos e judiciais para eliminar tal discriminação, e finalmente os condensou em um resumo da narrativa:

Dadas a tensão e a angústia da história dos esforços para escapar aos grilhões da doutrina do “separados mas iguais” (...) não pode ser dito que as instituições educacionais que, por quaisquer razões, praticam discriminação racial são instituições que exercem “influências benéficas e estabilizadoras na vida comunitária” (...) ou que deveriam ser suportadas por

Valeo, 424 U.S. 1 (1976)); ver 103 S. Ct. p. 2001 (1983) (discutindo *Cammarano v. United States*, 358 U.S. 498 (1959)). Outra generalização do acórdão da Corte em *Taxation with Representation* sugere a distinção que a Corte enxerga entre regulação direta e negação de subsídios tributários: “As legislaturas possuem uma latitude especialmente ampla para criar classificações e distinções nas leis tributárias.” 103 S. Ct. p. 2002 (1983).

¹⁹¹ É difícil manter a distinção entre a medida regulatória com as sanções principalmente civis e a negação do benefício fiscal para o contribuinte que falhou em conformar sua conduta com a condição regulatória. Certamente, *algumas* regulações – por exemplo, os padrões de segurança de produtos destinados ao consumo ou as condições de trabalho – pretendem expressar a falta de vontade da sociedade em tolerar uma conduta que não esteja em conformidade com o padrão estabelecido, enquanto o condicionamento de tratamento tributário em conformidade com uma regra de conduta indica a vontade do sistema jurídico em permitir uma conduta não-conforme – por um preço. Mas essa distinção se dissolve se alguém conceitualiza a sanção regulatória como um preço estabelecido sobre a conduta proibida. A teoria do não-cumprimento contratual de Holmes é o método mais conhecido dessa abordagem, o que permeia toda a metodologia da análise econômica do direito. Para a tese de Holmes e sua crítica, ver G. GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT*, p. 14 (1974).

O caráter especial do benefício fiscal está em jogo em *Bob Jones University*, o que torna a distinção entre regulação e negação dos benefícios fiscais particularmente problemática. A negação do estatuto, previsto no § 501(c)(3), a uma organização de caridade poderia levar doadores (aos quais venha a ser negada a dedução prevista no § 170) a equalizar os pagamentos até o montante no qual o custo adicional permanece constante após a aplicação dos impostos.

Pelo mesmo preço, um doador por doar uma vez (1x – taxa marginal impositiva) mais tanto quanto para uma instituição isenta sob o § 501(c)(3) do que para uma organização não dotada de isenção tributária. Assumindo-se que a satisfação do doador depende da quantidade recebida pelo donatário, em vez do custo da própria doação, a doação adicional de um dólar deveria então ser dada para a organização não-isenta somente se a satisfação marginal obtida pela unidade do presente da organização não-isenta é multiplicada de acordo com a satisfação obtida com a unidade do presente para uma organização isenta (1x – taxa de imposto marginal). Assim, a negação do tratamento do § 501(c)(3) pode efetivamente cortar todas as doações de doadores menos fiéis; para algumas organizações, o resultado pode representar virtualmente o fim de todo o suporte financeiro. Reconhecidamente, porém, também é possível que a lealdade dos doadores para uma instituição como a Universidade Bob Jones seja de tal ordem que o comportamento dos doadores não seja particularmente sensível ao preço.

¹⁹² *Bob Jones Univ.*, 103 S. Ct. p. 2035.

todos os contribuintes através de estatutos especiais para pagamento de impostos¹⁹³.

Com isso, o Chefe de Justiça contornou a reivindicação de insularidade com a narrativa redentora. Enquanto a Corte não considerou o tratamento dos professores das escolas católicas de Chicago como incompatível com a mensagem essencialmente redentora da Lei Nacional das Relações do Trabalho, a Corte julgou que a discriminação contra negros – em um contexto, de outra forma, de isenção tributária – contradizia a narrativa redentora central de luta por igualdade racial e pela desegregação nas escolas da nação. Alguém poderia escrever uma história na qual a ideologia redentora de organização do trabalho jogasse um papel maior. Seria possível *reescrever* Catholic Bishop; dado o resultado do caso, contudo, o fator crítico que explica a decisão de *Bob Jones University* é o poder do constitucionalismo redentor de privilegiar suas próprias reivindicações de reformar a vida nas escolas e universidades.

Precisamente porque a escola é o ponto de entrada da paideia – e seu próprio *locus* de criação –, a escola deve ser o alvo de qualquer ideologia constitucional redentora: através da educação, as formas de ligação social dão vazão ao crescimento da autonomia, ao processo jurisgenerativo. Na educação estão as origens dos processos nos quais é dado significado à “lei”. Caso houvesse um único *corpus* estatal, uma escola do estado, uma forma estatal de compreender as questões – a *eunomia* espartana –, nós poderíamos imaginar uma deveras simples norma que protegesse a participação para garantir o acesso universal ao processo. Em nosso complexo *nomos*, contudo, é a miríade de bases comunais de significado jurídico, igualmente dignificadas, que constituem a ordem de obrigações, realidade e visões a cada momento. O juiz deve resolver as reivindicações

¹⁹³ *Bob Jones Univ.*, 103 S. Ct. p. 2030. Significativamente, o Ministro Presidente Burger escreveu sobre “a tensão e a angústia” da tentativa de escapar da “doutrina separados mas iguais”. Parece-me que uma caracterização excessivamente centrada no papel da Corte na turbulência da era pós-*Brown* escrever sobre essa doutrina em vez de tratar das práticas de racismo e *apartheid*. A tensão e a angústia da Corte pode ser relacionada à sombra de *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), da necessidade de reconciliar *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954) e as ações pós-*Brown* com os princípios de neutralidade, deferência e auto-contensão judiciais. Mas a verdadeira força motriz – o movimento dos direitos civis, a tensão e a angústia –, tem sido mais intensa quando o movimento passa a considerar o emprego de desobediência “legal” e, possivelmente, táticas violentas na luta por manter viva uma lei de igualdade diante da violência patrocinada pelo estado ou da indiferença.

concorrentes do constitucionalismo redentor de uma raça excluída, por um lado, e de insularidade, de proteção à associação, de outro.

De qualquer forma, o impulso da interpretação da Corte em *Bob Jones University* é muito fraco. É fraco não por causa da forma do argumento, mas por causa do fracasso de comprometimento da Corte – uma falha que se manifesta na designação da autoridade para decidir. A Corte assume uma posição que não coloca nada em risco e a partir da qual a Corte não faz qualquer gesto interpretativo, salvo o gesto por excelência do cânone jurisdicional: a afirmação de que um exercício de autoridade política não foi inconstitucional. Na opinião da Corte, não é dado estatuto normativo ao grande trabalho nacional contra a discriminação, salvo que significa que a Receita Federal não estava errada. As comunidades insulares, os menonitas e os Amish foram deixados em posição de questionar o alcance da decisão: nós estamos à mercê de cada decisão de política pública que não é errada? Se a política pública aqui possui um estatuto especial, qual é ele? O Congresso pode alterar essa política? Em caso negativo, existe, naturalmente, uma poderosa resposta para a reivindicação insular – a réplica do constitucionalismo redentor. Tal reivindicação redentora não iria representar uma ameaça geral para a comunidade insular: somente um ameaça fundada sobre o tipo de compromisso que implica a articulação do mandamento constitucional.

A Corte não fez essa reivindicação. De fato, a Corte explicitamente evitou a questão sobre se o Congresso poderia constitucionalmente garantir isenção tributária para a escola que discrimina usando o critério da raça¹⁹⁴. Os Amish, os menonitas e todas as comunidades insulares, sejam lá quais forem seus posicionamentos quanto à raça, estão corretos em estar insatisfeitos com *Bob Jones University v. United States*. Trata-se de um caso em que foram feitas muitas concessões para a determinação estatal do mundo normativo, ao mesmo tempo em que se contribuiu muito pouco para a compreensão estatista da Constituição. Nesse caso, a autoridade é reivindicada sem a ideia de comprometimento judicial com o princípio que está corporificado na decisão constitucional. No empobrecido comprometimento do voto do Ministro Presidente Burger, a questão

¹⁹⁴ 103 S. Ct. p. 2032 n. 24.

constitucional não era inútil, mas a Corte evitou-a ao simplesmente jogar a reivindicação de proteção insular ao arbítrio da política pública. As comunidades insulares mereciam algo melhor – elas mereciam uma barreira constitucional contra a discricionariedade da administração. E a comunidade da minoria afro-americana merecia mais – ela merecia um comprometimento constitucional com a proibição do subsídio público do racismo¹⁹⁵.

Os juízes são como o resto de nós. Eles interpretam e criam a lei. Eles o fazem em um nicho, e eles possuem expectativas quanto ao seu próprio comportamento no futuro e sobre o comportamento dos outros. É possível que todo o palco erguido em torno de *Bob Jones University* tenha sido construído sobre comprometerimentos falhos, interpretações falsas. A *Universidade Bob Jones* pareceu descomprometida com sua interpretação racista – não disposta a colocar muito em jogo. Vergonhosamente, a decisão da Receita Federal não foi atacada por uma administração descomprometida com qualquer elemento relacionado com o princípio redentor. Os ministros responderam na mesma moeda: eles mesmos não estavam dispostos a se comprometer, a firmar um compromisso com sua compreensão da lei voltada para o futuro. *Bob Jones University* representa uma peça do ano de 1983 – com atores cautelosos e desconfiados, alguma eloquência e nenhum comprometimento.

¹⁹⁵ Tal compromisso teria necessariamente recepcionado uma ampla gama de problemas. Mas é assim que deve ser. A invasão do *nomos* da comunidade insular deveria fundar-se em muito mais do que a vontade passageira do estado. Ele deve ser fundado um comprometimento interpretativo que é tão fundamental como aquele da comunidade insular. E qualquer comprometimento dessa sorte deveria implicar grande mudança potencial. Em *Bob Jones University*, a Corte deveria ter desafiado todos os subsídios públicos de condutas privadas racistas. Essa subsidização não está restrita à operação potencial do § 501(c)(I) em benefício de organizações de caridade que praticam discriminação. Caso se entenda que a Constituição ordena o resultado de *Bob Jones University*, nós deveríamos estar nos perguntando se ela também ordena a denegação de créditos fiscais de investimento ou de recuperação acelerada de custos para outros contribuintes que praticam discriminação como empregador ou em outros negócios. A discriminação em negócios imobiliários poderia desqualificar um contribuinte de obter vantagem da redução de impostos de uma hipoteca residencial? Estaria a subsidização tributária de discriminação privada baseada em gênero, religião, origem nacional, ou outras situações similares, protegida proibição constitucional? Existem resposta para essas questões – distinções que podem ser desenhadas de modo plausível em vários casos que eu coloquei e em outras centenas que também poderiam ser levantados. A Corte não poderia e não deveria decidir todos esses casos agora, mas um compromisso constitucional com a decisão de *Bob Jones University* iria certamente antecipar o encontro com eles. Sem esse comprometimento, nós somos deixados com nenhum princípio jurídico que governe a relação entre o subsídio público e as discriminação privadas permissivas.

O impasse estatista no âmbito da criação constitucional deve logo acabar. Quando vier esse fim, é improvável que chegue através dos ministros, acostumados como estão a abordar as controvérsias com demasiada cautela, a acumular desculpas jurisdicionais para evitar perturbar o exercício ordeiro do poder e dos privilégios estatais. É provável que ocorra em um momento de rebeldia – em um impulso jurisgenerativo, em um movimento preparado a sustentar uma visão em face da indiferença ou da oposição do estado. Talvez tal resistência – redentora ou insular – não irá alcançar somente aqueles de nós preparados a enxergar o crescimento da lei, mas também os tribunais. As histórias que os resistentes contam, as vidas que eles vivem, a lei que eles criam nessa sorte de movimento podem forçar os juízes a também enfrentar os comprometimentos implicados em seu cargo judiciário e em sua lei. Não é o romantismo da rebelião que deverá nos conduzir a observar a lei desenvolvida pelos movimentos sociais e pelas comunidades. É justamente o contrário. Da mesma forma que nossa desconfiança e nosso reconhecimento pelo estado, deve funcionar nosso reconhecimento e nossa desconfiança pela realidade do poder dos movimentos sociais que nos levam a examinar os mundos nômicos que eles criam. E assim como o constitucionalismo representa parte do que deve legitimar o estado, também o constitucionalismo pode legitimar, dentro de um enquadramento diferente, comunidades e movimentos. O significado jurídico representa um enriquecimento desafiador da vida social, um limite potencial ao poder arbitrário do estado e da violência. Nós devemos parar de circunscrever e restringir o *nomos*; devemos incentivar a criação de novos mundos.

Idioma original: Inglês

Publicado originalmente em: COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, n. 97, v. 4, p. 4-68, Nov. 1983. <https://doi.org/10.2307/1340787>.

Tradução recebida em: 18/10/16

Tradução aceita em: 17/12/16