

# A INDICAÇÃO DE BORK<sup>1</sup>

Ronald Dworkin (Autor)<sup>2</sup>

Thiago Aguiar de Pádua (Tradutor)<sup>3</sup>

---

**RESUMO:** Trata-se de artigo escrito por Ronald Dworkin (1931-2013) sobre a nomeação de Robert Bork para a Suprema Corte Americana, por parte do partido republicano, analisando os aspectos centrais do ponto de vista constitucional sobre as indicações de candidatos, contribuindo decisivamente para a rejeição de Bork pelo Senado.

**Palavras-chave:** Bork. Suprema Corte.

A indicação do juiz Robert Bork pelo presidente Ronald Reagan para suceder ao juiz Lewis Powell na Suprema Corte, apresenta um problema incomum ao Senado. Sobre os pontos de vista de Bork, não estão em tela o antigo debate entre liberais e conservadores sobre o apropriado papel da Suprema Corte.

Bork é um constitucionalista radical, que rejeita o requerimento do Estado de Direito, o qual todos os lados daquele debate já haviam previamente aceitado. Ele rejeita a visão de que a Suprema Corte deve testar suas interpretações sobre a Constituição contra os princípios latentes em suas próprias decisões passadas, bem como outros aspectos da história constitucional da nação.

Ele considera partes centrais da doutrina constitucional estabelecida como equivocadas, e que agora estariam abertas à revisão por um tribunal de direita; senadores conservadores e liberais deveriam se incomodar com o fato de que, como argumentarei aqui, ele até agora não ofereceu justificativas coerentes para essa posição antijurídica e radical.

Seria impróprio para os senadores rejeitarem um candidato a Ministro<sup>4</sup> da Suprema Corte apenas porque discordaram de suas opiniões detalhadas sobre questões constitucionais. Mas o Senado tem uma responsabilidade constitucional no processo de nomeações para a Suprema Corte, além de garantir que um candidato não seja um bandido ou um tolo.

A Constituição é uma tradição, tanto quanto um documento, e o Senado deve se convencer de que um candidato pretende, de boa fé, unir-se e ajudar a interpretar essa tradição de maneira jurídica, não para desafiá-la e substituí-la por uma visão política radical que argumento jurídico algum jamais poderá tocar.

A responsabilidade do Senado é particularmente grande nas circunstâncias da indicação de Bork. Bork é o terceiro candidato a Ministro acrescentada ao Tribunal, por

---

1 Tradução de artigo publicado originalmente pela revista "The New York Review of Books", em 13 de agosto de 1987. The New York Review of Books Copyright © by Ronald Dworkin. 2018. Autorização solicitada em 19.03.2019 e obtida em 21.03.2019.

2 University College London e New York University School of Law, Inglaterra e EUA.

3 Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF.

4 NT: Na versão original, evidentemente, consta a expressão "justice", que foi aqui traduzida para o equivalente brasileiro: Ministro, embora sejam expressões semântica e historicamente distintas, opção realizada ao longo do texto, em razão da utilização do paradigma da contextualização, ao invés da tradução literal, a partir e além da influência de Gregory Rabassa sobre estilos e traduções, em seu famoso livro: *If Tis Be treason: translation and Its Dyscontents*.

uma administração que há sete anos realiza uma campanha, aberta e inflexível, de nomeações ideológicas em todos os níveis dos tribunais federais, na esperança de torná-los um lugar de poder da direita, mesmo muito tempo depois de a administração acabar.

Reagan não mediu esforços para disfarçar o caráter político da nomeação de Bork, quando disse que ele seria: “*amplamente considerado como o defensor mais proeminente e intelectualmente poderoso da autocontenção judicial*”, e que ele “*compartilha de minha opinião*” sobre o apropriado papel da Suprema Corte. Grupos de pressão conservadores já estão arrecadando dinheiro para apoiar a indicação, e o *diarista New York Post*, desafiou os liberais a “*fazer o nosso dia*”, em desafio aberto.

A nomeação de Bork, se confirmada, promete alcançar o domínio da direita na Suprema Corte, que as prévias nomeações de Reagan falharam em assegurar. O Ministro Powell tem sido um voto decisivo, aliado principalmente à direita sobre questões de direito penal, e as vezes com juizes mais liberais sobre outras questões de direitos individuais, e ele proferiu o quinto e conclusivo voto, de uma forma ou de outra, em muitas ocasiões.

Se Bork votar como aqueles que o apoiam, e eles têm todas as razões para esperar que assim o faça, a Corte terá perdido o equilíbrio que Powell forneceu, e terá perdido a oportunidade para que os casos sejam decididos um de cada vez, e não na forma de algum teste ideológico simples. Portanto, o Senado não deve aplicar os padrões relaxados que faz quando um presidente busca meramente ter sua própria filosofia constitucional representada na Suprema Corte. A indicação de Bork é o estágio culminante de uma ambição presidencial muito diferente: congelar essa instituição, pelo maior tempo possível, em uma ortodoxia representativa do próprio projeto presidencial.

Além disso, poucos indicados anunciaram de forma tão clara e definitiva suas posições sobre assuntos que provavelmente enfrentarão, caso viessem a ser confirmados. Bork declarou, por exemplo, que a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, que limitou o poder de um Estado de criminalizar o aborto, era, em si mesma “inconstitucional”; que a Constituição reconhece claramente a adequação da pena de morte, e que uma longa série de decisões da Corte implementando o princípio “um homem, um voto”, nas eleições nacionais e locais, foram seriamente equivocadas.

Ele chamou de absurda a sugestão de que minorias morais, como os homossexuais, pudessem ter direitos constitucionais contra a discriminação, e duvidou da sabedoria da regra constitucional de que a polícia não pode usar provas obtidas ilicitamente em julgamento criminal. Num voto divergente, proferido na sua Corte de origem, em que a maioria desafiou um forte precedente da Suprema Corte, ele disse que o Congresso não pode contestar em juízo a constitucionalidade dos atos do presidente.

O *New York Times* relata que os funcionários da Casa Branca confiam, além disso, que Bork apoiará a posição extremada do governo contra as ações afirmativas, que a Suprema Corte rejeitou em vários julgamentos recentes. Bork sugeriu fortemente que ele estaria pronto, como juiz, para reverter decisões anteriores da Suprema Corte que ele desaprovava. (“O Tribunal”, disse ele, “deve estar sempre aberto a repensar os problemas constitucionais.”)

Os indicados muitas vezes se recusam a responder às perguntas detalhadas dos senadores sobre as suas opiniões sobre questões específicas, com receio de que o anúncio público ponha

em risco a sua liberdade de decisão posterior, mas Bork deu tamanha publicidade aos seus próprios pontos de vista radicais que os senadores não precisam ter escrúpulos para pedir que ele os defenda.

A maioria dos comentadores tem assumido que Bork tem uma teoria constitucional bem elaborada, uma que é evidente e direta, embora muito conservadora. Não há nada na Constituição, diz Bork, exceto o que os “constituintes” colocaram lá - “aqueles que redigiram, propuseram e ratificaram suas disposições e várias emendas”.

Quando um caso exige que os ministros fixem o significado de uma proposição constitucional abstrata, tal como a exigência da Décima Quarta Emenda de que o governo não negue a qualquer pessoa “igual proteção” da lei, eles devem, de acordo com Bork, ser guiados pela intenção dos constituintes, e nada mais.

Se a Suprema Corte vai além do que os constituintes pretendiam, então ela está confiando em “preceitos morais” e “filosofia abstrata” e, portanto, atuando como tirana judicial, usurpando a autoridade que pertence ao povo. Isso, acredita Bork, é exatamente o que a Suprema Corte fez quando decidiu o caso sobre o aborto, os casos sobre um homem e um voto, e sobre a pena de morte, e os casos das ações afirmativas, dentre outros casos que ele desaprova.

Essa é uma explicação teórica adequada de suas posições constitucionais radicais? A ideia de que a Constituição deveria se limitar às intenções dos constituintes tem sido muito popular entre os juristas de direita, desde que o Procurador-Geral Meese proclamou-a como sendo a filosofia jurídica oficial da administração Reagan. Isso tem sido amplamente criticado, em argumentos conhecidos, que nem Bork e nem qualquer outro membro da administração respondeu<sup>5</sup>.

Não vou prosseguir com esses argumentos neste artigo, pois estou interessado, como eu disse, numa questão diferente: não se trata de verificar se Bork possui uma filosofia constitucional persuasiva ou plausível, mas se ele possui alguma filosofia constitucional.

De maneira a explicar minhas dúvidas, devo descrever, com algum detalhamento, como Bork realmente usa a ideia de “intenção original” em seus argumentos jurídicos. Ele ofereceu seu mais elaborado relato sobre essa ideia em um artigo escrito há muitos anos atrás, discutindo a famosa decisão da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education*, que usou a cláusula da proteção igualitária para declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas<sup>6</sup>.

O caso *Brown* é um embaraço potencial para qualquer teoria que enfatize a importância das intenções dos constituintes. Pois não há evidência de que qualquer número substancial de constituintes que propuseram a 14<sup>a</sup> Emenda pensasse ou esperasse que a educação racialmente segregada fosse tornada ilegal. De fato, há evidências mais fortes do contrário.

O autor do projeto que precedeu a emenda disse à Câmara dos Deputados que “os direitos civis não significam que todas as crianças devem frequentar a mesma escola”, e o

<sup>5</sup> A ideia de uma intenção institucional é profundamente ambígua, por exemplo, e o julgamento político é necessário para decidir qual dos diferentes significados que ela pode ter é apropriado para o julgamento constitucional. (Veja o meu livro, *Law's Empire*, Capítulo 9.) E a teoria da intenção original parece ser autodestrutiva, porque há evidência histórica persuasiva de que os autores entendiam que suas próprias interpretações da linguagem abstrata que escreviam não deviam ser consideradas decisivas nos Tribunais. Cfr. H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent,” *Harvard Law Review*, Vol. 98, p. 885 (1985).

<sup>6</sup> Cfr. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, Vol. 47, pp. 12–15 (1971).

mesmo Congresso continuou a segregação racial das escolas do Distrito de Columbia, que eles então administravam<sup>7</sup>.

Entretanto, quando a Suprema Corte decidiu, em 1954, que a Décima Quarta Emenda proíbe essa segregação, muitos constitucionalistas eruditos e distintos, incluindo o eminente Juiz Learned Hand e um renomado professor de direito, Herbert Wechsler, tinham sérias dúvidas.

Mas esta decisão já se tornou tão firmemente aceita, e tão amplamente aclamada como um paradigma de estadismo constitucional, que ela atua como uma espécie de teste informal de teorias constitucionais. Nenhuma teoria parece ser aceitável se condenar essa decisão como um erro. (Eu duvido que qualquer candidato indicado para a Suprema Corte seja confirmado se ele disser que a decisão foi um erro.)

Assim, a discussão de Bork sobre o caso *Brown vs. Board of Education* fornece um teste útil do que ele realmente quer dizer quando diz que a Suprema Corte deve nunca se afastar da intenção original dos constituintes.

Bork diz que o caso *Brown* foi decidido adequadamente porque a intenção original que os juízes devem consultar não é um conjunto de opiniões muito concretas que os constituintes poderiam ter, sobre o que representaria cair ou não cair dentro do escopo do princípio geral que eles pretendiam estabelecer, mas antes, o próprio princípio geral em si.

Uma vez que os juízes tenham identificado o princípio que os constituintes promulgaram, eles devem aplicá-lo como princípio, de acordo com seu próprio julgamento acerca do que eles exigem em casos particulares, mesmo que isso signifique aplicá-lo não apenas em circunstâncias que os constituintes não contemplaram, mas em formas que eles não teriam aprovado se tivessem sido questionados.

Como os constituintes autores da Décima Quarta Emenda não acreditavam estar tornando inconstitucionais as escolas segregadas, nada menos que essa interpretação expansiva da “intenção original” poderia justificar *Brown* como uma decisão fiel à sua intenção. E Bork deixou isso claro em muitas outras ocasiões em que a interpretação expansiva é o que ele tem em mente.

Em um caso recente no Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia, por exemplo, ele se uniu a uma decisão majoritária declarando que a Primeira Emenda protegeria os colunistas de jornal de um processo por difamação trazido por um cientista político marxista depois que eles relataram que ele não possuía amplo status em sua profissão<sup>8</sup>.

O então colega de Bork naquele tribunal, Antonin Scalia, que desde então foi promovido por Reagan à Suprema Corte, discordou e repreendeu Bork e os outros membros da maioria por estarem sendo infiéis à intenção dos Constituintes da Primeira Emenda, que claramente não supunha que eles estavam mudando a lei de difamação da maneira que a decisão da maioria estava assumindo.

Bork respondeu, mais uma vez, insistindo que a responsabilidade de um juiz não seria para com as opiniões concretas que os constituintes poderiam ou não ter tido sobre o escopo do princípio da Primeira Emenda que criaram, mas sobre esse princípio em si, que, em sua

7 Cfr. Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Harvard University Press, 1977), pp. 118–119.

8 Cfr. Bork's concurring opinion in *Ollman v. Evans* 750 F.2d 970 (1984).

opinião, exigia que a imprensa fosse protegida de processos por difamação de maneiras que os autores não teriam conseguido antecipar.

Isso parece certo. Se quisermos aceitar a tese de que a Constituição está limitada ao que os constituintes pretendiam que ela fosse, então devemos entender suas intenções como grandes e abstratas convicções de princípio, e não como opiniões estreitas sobre determinadas questões específicas.

Mas entender suas intenções desse modo dá uma responsabilidade ainda maior aos juízes do que sugerem as repetidas afirmações de Robert Bork sobre a autocontenção judicial. Pois então qualquer descrição da intenção original é uma conclusão que deve ser justificada não apenas pela história, mas por alguma forma muito diferente de argumento.

A história sozinha poderia mostrar que alguma opinião concreta em particular, como a opinião de que a segregação escolar não era inconstitucional, era amplamente compartilhada dentro do grupo de legisladores e outros dos principais responsáveis por uma emenda constitucional. Mas a história jamais poderia determinar com precisão qual princípio ou valor geral seria correto a se atribuir a eles.

Isso é assim não apenas porque podemos falhar em coletar evidências suficientes, mas pela razão mais fundamental de que as convicções das pessoas não se dividem nitidamente em princípios gerais e aplicações concretas. Em vez disso, elas assumem a forma de uma estrutura mais complexa de camadas de generalidade, de modo que as pessoas consideram a maioria de suas convicções como aplicações de princípios ou valores ainda mais gerais.

Isso significa que um juiz terá de escolher entre descrições mais ou menos abstratas do princípio que remonta ao texto dos constituintes, que a ele confiaram sua custódia, e suas próprias decisões, tomadas no exercício dessa responsabilidade, que dependerão criticamente de qual descrição ele escolher.

Devo ilustrar esse ponto para explicá-lo e, novamente, posso recorrer aos próprios argumentos de Bork para fazê-lo<sup>9</sup>. Em sua discussão sobre o caso *Brown*, ele propôs um princípio particular de igualdade como princípio geral que os juízes devem atribuir aos constituintes: o princípio de que o governo não pode discriminar por motivos de raça. Mas ele poderia também atribuir-lhes um princípio mais geral e abstrato: o princípio de que o governo não deve discriminar nenhuma minoria quando a discriminação reflete apenas preconceito.

A cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda, afinal de contas, não menciona raça. Diz apenas que o governo não deve negar a qualquer pessoa a proteção igualitária da lei. A Décima Quarta Emenda foi, obviamente, adotada após a (e em consequência da) Guerra Civil, que foi travada sobre a escravidão. Mas Lincoln disse que a guerra foi travada para testar a proposição de que todos os homens são criados iguais e, claro, ele também queria dizer mulheres.

Em todo caso, seria absurdo pensar que os estadistas que criaram a cláusula de proteção igualitária pensavam que o preconceito oficial era ofensivo apenas no caso de raça. Eles achavam que a discriminação racial oficial era ultrajante porque eles possuíam um princípio mais geral, condenando todas as formas de preconceito oficial. De fato, seus pontos de vista sobre raça

---

<sup>9</sup> Para discussões mais gerais sobre o mesmo ponto em diferentes contextos, veja meu *"Taking Rights Seriously"* (Harvard University Press, 1977), cap. 5, *"A Matter of Principle"* (Harvard University Press, 1986), cap. 2, e *"Law's Empire"* (Harvard University Press/Belknap Press, 1986), cap. 9.

não teriam sido visões morais, o que elas claramente eram, a menos que as considerassem em virtude de algum princípio mais geral desse tipo.

Então, por que os juízes não devem tentar definir e impor esse princípio mais geral? Por que eles não deveriam dizer que os constituintes promulgaram um princípio que proíbe qualquer forma de discriminação oficial baseada no preconceito? Segue-se que a cláusula de proteção igualitária protege as mulheres, por exemplo, bem como os negros da legislação discriminatória.

Os constituintes aparentemente não pensaram que seu princípio tivesse esse alcance; eles não achavam que as distinções de gênero refletissem estereótipo ou preconceito. (Afinal de contas, foi necessária uma emenda constitucional para dar às mulheres o voto). Mas uma vez definido o princípio, através do qual atribuímos aos constituintes dessa maneira mais abstrata, devemos tratar suas opiniões sobre as mulheres como mal-entendidos pela força de seu próprio princípio, e que o tempo nos deu a chance de corrigir, assim como tratamos suas visões sobre a educação racialmente segregada. Isso, com efeito, foi o que a Suprema Corte fez.<sup>10</sup>

Mas agora considere o caso dos homossexuais. Bork disse que a sugestão de que os homossexuais são protegidos pela Constituição é um exemplo flagrante da tentativa de emendar a Constituição por meio ilegítimo. Mas uma vez que tenhamos declarado a intenção dos constituintes como um princípio geral que condena toda discriminação baseada no preconceito, pode-se argumentar que devemos reconhecer os direitos dos homossexuais contra tal discriminação, para sermos fiéis a essa intenção.

Os constituintes talvez não concordassem, mesmo que tivessem examinado a questão. Mas, mais uma vez, um juiz pode se considerar forçado, com toda a honestidade intelectual, a considerar isso como outro erro que teria cometido, comparável aos seus erros sobre a segregação escolar e as mulheres.

Mais uma vez, como nesses casos, o tempo nos deu a informação e o entendimento que lhes faltava. As superstições sobre a homossexualidade foram expostas e desaprovadas; muitos estados revogaram leis que criminalizavam atos homossexuais, e as leis que permanecem são amplamente consideradas como agora baseadas apenas em preconceito.

Não pretendo afirmar que o argumento em favor dos direitos homossexuais seria irresistível se aceitássemos a leitura mais ampla da intenção original que descrevi. Mas seria um argumento muito forte, que qualquer oponente teria que responder em detalhes, e não simplesmente deixar de lado, como fez Bork.<sup>11</sup>

Um apelo à intenção dos constituintes, em outras palavras, não decide nada até que seja feita alguma escolha sobre o modo correto de formular essa intenção, sobre qualquer questão em particular. Se escolhermos a formulação mais estreita e mais concreta da intenção

---

<sup>10</sup> Cfr., por exemplo, *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976).

<sup>11</sup> Eu poderia ter usado muitas outras áreas do direito constitucional para ilustrar o ponto que venho fazendo sobre a ideia da intenção original. No artigo de 1971 que mencionei anteriormente, por exemplo, Bork ofereceu uma teoria sobre a intenção original por trás da garantia da liberdade de expressão da Primeira Emenda. Ele disse que os constituintes pretendiam limitar a proteção constitucional ao discurso politicamente valioso, e que a Primeira Emenda, portanto, não impede os legisladores de proibirem trabalhos científicos com os quais discordem ou censurar romances que considerem pouco atraentes. Ele anunciou recentemente que há muito tempo abandonou essa visão, pela razão um tanto instável de que obras e romances científicos podem se relacionar com a política (a maioria deles não). Mas ele ainda aparentemente acredita que a Primeira Emenda não tem nenhuma aplicação à pornografia ou ao que ele considera uma defesa da revolução, com base em que nenhum dos dois tem qualquer valor político aos olhos dele.

original, que fixa as discretas opiniões expressadas pelos constituintes, e ignora a visão moral mais geral que eles estavam tentando servir, então devemos considerar Brown como infiel à vontade dos constituintes.

E essa conclusão parecerá à maioria das pessoas uma ampla evidência de que a formulação mais concreta é a equivocada. Se atribuirmos aos constituintes um princípio que seja suficientemente geral para não parecer arbitrário e *ad hoc*, por outro lado, como o princípio de que o governo não deve discriminar com base no preconceito, então muitas das decisões que Bork atribui como ilegítimas tornam-se adequadas aos padrões que o próprio Bork alega endossar.

Então, tudo depende do nível de generalidade que um juiz escolhe como apropriado, e ele deve ter algum motivo para sua escolha. Bork escolhe um nível intermediário entre os dois que eu acabei de descrever.<sup>12</sup> Ele alega que os juízes devem atribuir aos constituintes um princípio limitado aos grupos ou tópicos que eles realmente discutiram. Se a raça tivesse sido discutida durante o debate sobre a cláusula de proteção igualitária, mas nem o gênero e nem o comportamento sexual tivessem entrado “na discussão”, então a intenção original inclui o princípio de que o governo não deveria discriminar racialmente.

Não inclui o princípio mais geral de que o governo não deveria agir por preconceito contra qualquer grupo de cidadãos, porque esse princípio mais geral se aplicaria às mulheres e aos homossexuais, que não entraram na discussão.

A estranha sugestão de que não podemos atribuir nenhum princípio geral aos constituintes, cuja aplicação se estenderia a qualquer grupo ou tópico que não estivesse “em discussão”, limitaria, evidentemente, os direitos individuais que a Constituição deveria proteger. Mas é completamente inconsistente com as outras opiniões de Bork - os autores da Primeira Emenda não discutiram a lei de difamação, por exemplo. E isso não possui nenhum mérito jurisprudencial ou histórico.

Não há mais sentido em atribuir aos constituintes a intenção de proteger apenas os grupos que eles realmente mencionaram do que em atribuir-lhes uma intenção limitada às aplicações concretas que eles realmente imaginaram, o que Bork concorda que seria um absurdo. Os constituintes pretendiam decretar um princípio moral de dimensões constitucionais e usavam uma linguagem ampla e abstrata apropriada para esse objetivo.

É evidente que eles discutiram apenas as aplicações do princípio que estavam mais presentes em suas mentes, mas eles pretenderam que sua discussão fosse baseada no princípio mais geral, e não eviscerá-lo. Talvez eles discordassem entre si sobre o que seu princípio exigiria, além das questões discutidas.

E os juízes contemporâneos, com mais informações, podem pensar que isso exige decisões jurídicas que poucos ou nenhuns dos constituintes previram, como no caso de escolas segregadas e discriminação de gênero. Mas a sugestão de Bork insulta os constituintes, em vez de respeitá-los, pois nega que eles estivessem agindo por princípio. Isso reduz a visão constitucional a um conjunto de preceitos isolados e arbitrários.

---

<sup>12</sup> Ele assim procede em uma palestra na Universidade de San Diego (School of Law on November 18, 1985), reimpresso em: San Diego Law Review, Vol. 23, No. 4 (1986), p. 823. Bork tentou responder, naquela palestra, a um argumento do reitor Paul Brest, da Faculdade de Direito de Stanford, aparentemente semelhante ao argumento que fiz aqui. Bork não fornece uma única referência ao argumento de Brest.

Bork defende essa visão truncada da intenção original apenas apelando para a trivialidade de que os juízes devem escolher “nenhum nível de generalidade superior àquele que a interpretação das palavras, estrutura e história da Constituição apoia de maneira justa”. Isso certamente é verdade, mas é inútil, a menos que Bork possa argumentar que sua própria concepção truncada atenderia a esse teste; e ele, até onde eu sei, não produziu sequer o começo de tal argumento.

Sua concepção produz regras constitucionais limitadas que protegem apenas alguns grupos e excluem outros na mesma posição moral. Como uma regra discriminatória desse tipo poderia contar como uma interpretação justa da linguagem totalmente geral e abstrata que os constituintes utilizavam quando se referiam à igualdade de proteção para todas as pessoas?

A maioria dos advogados pensa que o ideal de integridade de princípio - que os direitos fundamentais reconhecidos por um grupo se estendem a todos - é central para a estrutura da Constituição. Como, então, as regras restritas de Bork podem ser recomendadas por qualquer interpretação justa dessa estrutura? A menos que ele possa produzir algum argumento genuíno para sua visão reducionista da intenção original, além do fato de que ele produz decisões que ele e seus apoiadores aprovam, sua filosofia constitucional é vazia: não apenas empobrecida e pouco atraente, mas não há qualquer filosofia.

Os juízes mais proeminentes de nossa prática constitucional são muito mais respeitosos do que Bork com relação às intenções dos constituintes, entendidos como uma questão de princípio. Eles aceitam a responsabilidade que os constituintes lhes impôs, para desenvolverem princípios legais de amplitude moral para proteger os direitos dos indivíduos contra a maioria.

Essa responsabilidade requer julgamento e habilidade, mas não confere licença política aos juízes. Eles testam princípios concorrentes de maneira jurídica e interpretativa, perguntando até que ponto cada um deles se encaixa nas decisões dos constituintes e ajuda a entendê-los, não como eventos históricos isolados, mas como parte de uma tradição constitucional que inclui a estrutura geral da Constituição, bem como decisões anteriores da Suprema Corte e outras decisões judiciais.

É evidente que juízes competentes e responsáveis discordam sobre os resultados desse exercício. Alguns atingem principalmente resultados conservadores e outros principalmente liberais. Alguns, como o ministro Powell, resistem à classificação porque seus pontos de vista são particularmente sensíveis às diferenças entre os diferentes tipos de questões. A discordância é inevitável, mas a responsabilidade que cada juiz aceita, de testar os princípios que ele ou ela propõe dessa maneira, disciplina seu trabalho e concentra e aprofunda o debate constitucional.

Bork, entretanto, desdenha desses métodos familiares de argumentação e análise jurídica; ele acredita que não tem responsabilidade de tratar a Constituição como uma estrutura integrada de princípios morais e políticos, e nenhuma responsabilidade de respeitar os princípios latentes nas decisões anteriores da Suprema Corte que ele lamenta terem sido tomadas.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Em um artigo anterior (The New York Review, November 8, 1984) eu contrastei os métodos de Bork, como exibidos no caso Dronenburg, com os métodos que os advogados mais tradicionais usariam.

Em 1971 ele subscreveu uma alarmante teoria moral, num esforço para explicar motivo<sup>14</sup>. Ele disse que opiniões morais eram simplesmente fontes do que ele chamava de “gratificação”, e que “não há maneira de decidir que as gratificações de um homem são mais merecedoras de respeito do que outras, ou que uma forma de gratificação é mais digna que outra”. Levado a sério, isso significa que ninguém poderia ter uma razão de princípio para preferir as satisfações da caridade ou da justiça, por exemplo, às do racismo ou do estupro.

Um cético moral embrutecido é uma pessoa estranha para carregar as cores dos fundamentalistas morais. Não obstante, se Bork ainda é esse tipo de cético, isso explicaria seu cinismo jurídico, e sua indiferença quanto ao fato de o direito constitucional ser coerente por princípio. Se não, devemos procurar em outro lugar para encontrar convicções políticas que possam explicar seu desprezo pela integridade do direito.

Seus escritos não desenvolvem nenhuma filosofia política sofisticada, entretanto, por trás de frequentes apelos ao truísmo que elegem legisladores que deveriam fazer as leis onde a Constituição silencia, e não juízes. Ninguém contesta isso, é claro; as pessoas discordam apenas sobre quando a Constituição é silente. Bork afirma que ela silencia sobre a discriminação de gênero e sobre os direitos dos homossexuais, apesar de declarar que todos devem ter a mesma proteção da lei. Mas ele não oferece, como eu disse, nenhum argumento para essa visão surpreendente.

Ele sugere, de vez em quando, uma explicação mais preocupante de sua leitura restrita da Constituição, porque ele flerta com a radical tese populista de que as minorias, de fato, não possuem direitos morais contra a maioria. Essa tese recomenda dar tão pouca força às intenções dos constituintes quanto possível, tratando a Constituição como uma coleção de regras isoladas, cada uma delas estritamente limitada à questões que os constituintes discutiram.

Mas o populismo desse tipo é tão inconsistente com o texto e o espírito da Constituição, e com as mais aparentes e fundamentais convicções dos constituintes, que qualquer um que a apoie parece desqualificado, apenas por esse motivo, por um lugar na Suprema Corte.

Há muito pouco a respeito da moralidade política nos escritos de Bork. Ele declarou uma posição política surpreendente há muito tempo, em 1963.<sup>15</sup> Ele se opôs as leis de direitos civis, alegando que proibir que pessoas que possuam restaurantes e hotéis discriminem negros infringiria seus direitos à liberdade. Ele tentou defender essa posição apelando ao princípio liberal de Stuart Mill, no sentido de que a lei não deveria impor a moralidade apenas pela própria moralidade. Ele denominou a ideia de que a liberdade das pessoas pode ser restringida apenas porque a maioria desaprova seu comportamento como uma ideia de “fealdade insuperável”.

Sua análise da conexão entre liberdade e direitos civis foi confusa. As leis de direitos civis não violam o princípio de Mill. Elas proíbem a discriminação racial não apenas com base no fato de que a maioria não gosta de racistas, mas porque a discriminação é um dano profundo e um insulto às suas vítimas. Talvez Bork tenha percebido esse erro, porque em

<sup>14</sup> Bork, “Neutral Principles,” p. 10

<sup>15</sup> Bork, “Civil Rights—A Challenge,” *The New Republic* (August 31, 1963), p. 19.

1973 declarou, em audiências de confirmação de sua nomeação como procurador-geral de Nixon, que viera aprovar os atos de direitos civis.

Mas em 1984, sem reconhecer qualquer mudança de opinião, ele desmentiu inteiramente o princípio de Mill e abraçou o que antes chamava de uma ideia de “fealdade insuperável”, a ideia de que a maioria tem o direito de proibir o comportamento apenas porque acha moralmente errado<sup>16</sup>. Em uma palestra perante o “American Enterprise Institute”, na qual ele estava discutindo a liberdade não de racistas, mas de minorias sexuais, Bork rejeitou a ideia de que “dano moral não é dano que os legisladores devessem condiderar”, e aceitou a opinião de Lord Devlin de que a comunidade tem o direito de legislar sobre aspectos sexuais e outros da moralidade porque “o que faz uma sociedade é uma comunidade de ideias, não apenas ideias políticas, mas também ideias sobre como seus membros deveriam se comportar e governar suas vidas”.<sup>17</sup>

Talvez as convicções de Bork tenham mudado muito dramaticamente ao longo do tempo. Mas é difícil resistir a uma conclusão menos atraente: que seus princípios se ajustam aos preconceitos da direita, por mais inconsistentes que possam ser.

Em qualquer caso, o Comitê Judiciário do Senado deveria tentar descobrir, se puder, os verdadeiros fundamentos da hostilidade de Bork ao argumento jurídico ordinário em direito constitucional. Não deve ficar satisfeito se ele defender suas posições anunciadas apelando apenas e vagamente para a intenção original dos constituintes. Ou ele denuncia as decisões passadas que pode votar para alterar, dizendo que os juízes que as decidiram inventaram novos direitos quando a Constituição estava em silêncio.

Para essas afirmações, como tentei mostrar, suas alegações são vazias em si mesmas, e suas tentativas de torná-las mais substanciais mostram apenas que Bork usa a intenção original como os alquimistas uma vez usaram o flogisto, para esconder o fato de que não possui nenhuma teoria, nenhuma jurisprudência conservadora, mas apenas um dogma da direita para orientar suas decisões. O Senado permitirá que a Suprema Corte se torne a fortaleza de uma ideologia antijurídica, reacionária e com uma base intelectual tão pobre e escassa?

---

16 Bork, “Tradition and Morality in Constitutional Law,” The Francis Boyer Lectures, publicado pelo American Enterprise Institute for Public Policy Research.

17 Bork, no entanto, não leu Devlin com muito cuidado. Devlin acha que a maioria tem o direito de reforçar suas visões morais apenas em circunstâncias incomuns, quando um comportamento não ortodoxo realmente ameaça a continuidade cultural, e ele não acha que suas opiniões apoiem a criminalização de atos privados consensuais homossexuais entre adultos. Cfr. Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford University Press, 1965).