Cadernos da Escola do Legislativo
ALMG

Direito, Filosofia E Interpretação

Hans Kelsen E Ronald Dworkin(1)

A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS: UM PROBLEMA METAJURÍDICO OU UMA QUESTÃO ESSENCIAL DO DIREITO? DE HANS KELSEN A RONALD DWORKIN

MENELICK DE CARVALHO NETTO

As duas traduções publicadas neste volume dos Cadernos da Escola do Legislativo, de dois luminares da Ciência ou Teoria Geral do Direito, artigos da autoria, respectivamente, de Hans Kelsen e de Ronald Dworkin, a par de serem textos raros e de difícil acesso, são textos paradigmáticos. Ou seja, ótimos exemplos, um, dos limites da doutrina e da concepção até há pouco inequivocamente prevalente no âmbito jurídico (o positivismo jurídico no marco do paradigma do Estado Social), inclusive, no que respeita à temática da interpretação e de sua repercussão sobre a efetividade do Direito e do sentimento de constituição e justiça, o outro, das potencialidades da doutrina e da prática da interpretação sob o ângulo do paradigma do Estado Democrático de Direito.

O texto da lavra de Kelsen, publicado no princípio da década de 30 na Intemationale Zeítschrift für Theorie dês Rechts e praticamente reproduzido na primeira edição da Teoria Pura de 1934, já demarca os pontos cardeais do raciocínio kelseniano no tocante à matéria, ao ressaltar a indeterminação inerente ao Direito positivo, ou seja, reduzido a texto oficial, a delimitação da tarefa da ciência do Direito à descrição do quadro de suas leituras possíveis, ou em outros termos, das normas possíveis, para que sejam objeto da escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação de ofício ou judicialmente. Esse é o primeiro texto de Kelsen especificamente referente à questão da interpretação jurídica. Para Staniey L. Paulson é precisamente a preservação e o aprofundamento dos postulados básicos que já o informam nas reabordagens sucessivas do tema que podem explicar o desenvolvimento posterior de sua Teoria Pura do Direito (o denominado giro para o "decisionismo" verificado com a edição da Teoria Pura de 1960). Como ressalta o Prof. Marcelo Cattoni de Oliveira, em ensaio publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos, ao retraçar o referido aprofundamento desses postulados iniciais no desenvolvimento da doutrina kelseniana, a expressão "interpretação autêntica" não é empregada nesse texto e nem na primeira edição da Teoria Pura, a mesma surge pela primeira vez na tradução francesa de 1953. Expressão essa que qualifica a interpretação juridicamente autorizada fixadora de norma jurídica, distinta da meramente descritiva da ciência do Direito. Nessa tradução, contudo, Kelsen ainda acredita que a ciência do Direito teria a função de limitar o espectro desse âmbito de discricionariedade da autoridade ao traçar o quadro das leituras possíveis. Por fim, podemos verificar, assim, que o reconhecimento da impossibilidade de se limitar efetivamente o poder discrissionário da autoridade que, na segunda edição da obra de 1960, termina por colocar em risco os objetivos centrais da Teoria Pura ao diluí-la em um total decisionismo, tem uma história passível de reconstrução.

O segundo texto, a conferência de Dworkin proferida em 1990 em Tóquio, é uma apresentação sintética da teoria do sucessor de Hart na cátedra de Teoria do Direito em Harvard. Dworkin retoma a questão da interpretação precisamente ali onde Kelsen termina. A sua afirmação de uma única decisão correia para o caso assenta-se na unicidade e irrepetibilidade que marca cada caso, a ressaltar a complexidade de um ordenamento de princípios e regras, que se apresenta por inteiro e de forma concorrente no que se refere aos seus princípios, para regê-lo, vez que o mesmo deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico. Essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo senso comum social, de um novo pano-de-fundo para a comunicação social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que respeita ao Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais. E esse novo paradigma que tem sido denominado pela Doutrina "Estado Democrático de Direito" e que, no Brasil, foi inclusive constitucionalmente consagrado.

Ainda é de se registrar que a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito mas muito mais como pano-de-fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar difusa e eficazmente não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução desta prática ao determinar decisivamente o caldo de cultura em que se dão o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito. A profunda revisão doutrinária que tem conduzido, de modo crescente e de par com as marcantes alterações ocorridas nas duas ou três últimas décadas em todos os âmbitos da vida humana - resultantes da nova estrutura societária pluralista e hipercomplexa das denominadas sociedades pós-industriais, da crítica aos excessos da razão iluminista acolhida pela modernidade no âmago do próprio conceito de ciência, do advento de novas tecnologias e saberes, da exigência de se rever a relação puramente predatória com a natureza, do advento dos direitos de 3a geração e do fracasso do modelo do Estado Social - à constituição desse novo paradigma, possibilita e exige a recunhagem do próprio estatuto da Ciência ou Teoria Geral do Direito, redefine e amplia suas fronteiras, seus conceitos básicos e seu próprio papel, bem como o papel, as tarefas e a responsabilidade do profissional do Direito, sobretudo, do Judiciário em sua relação cotidiana com a efetividade dos ideais constitucionais como implementação, concretização e efetivação da Justiça e da cidadania.

****

SOBRE A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO(2)

HANS KELSEN

1. 0 ordenamento jurídico não é um sistema de normas coordenadas, fundadas em um mesmo e único nível. Na verdade, é uma estrutura hierárquica de normas legais supra-ordenadas e infra-ordenadas, cujas relações recíprocas são iluminadas pela análise estrutural empreendida pela Teoria Pura do Direito. Um estudo sobre a estrutura hierárquica do sistema legal toma-se relevante para o problema da interpretação. Interpretação é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do Direito, no seu movimento de um nível mais alto da estrutura hierárquica para um nível mais baixo, que por sua vez, é regulado por aquele nível mais alto. No caso típico, ou seja, aquele da interpretação das leis , a questão que se coloca é como se chegar, na aplicação da norma geral (lei), a um caso concreto , a uma norma individual (uma decisão judicial ou um ato administrativo). Além disso, existe também a interpretação da Constituição, que considera a sua aplicação, digamos, por exemplo, no processo legislativo, ou na edição de regulamentos de emergência ou outros decretos que derivam diretamente da Constituição - isto é, na medida em que a Constituição deva ser implementada em um nível mais baixo da hierarquia. Há, também, a interpretação das normas individuais, das decisões judiciais, das ordens administrativas, das transações do Direito Privado, e outras.
Existe, em suma, a interpretação de todas as normas, na medida em que elas devam ser implementadas, isto é, na medida em que o processo de criação e implementação da lei se move de um nível hierárquico para o seguinte.

§2. A relação entre um nível superior e outro inferior do sistema legal - como entre a Constituição e a lei ordinária, ou entre a lei ordinária e a decisão judicial - é uma relação de determinação ou de vinculação. A norma superior regula o ato por meio do qual a norma inferior é criada (ou simplesmente regula a realização do ato coercitivo, quando se requer a pura implementação da norma superior). Na criação da norma inferior, a norma superior determina não apenas o procedimento por meio do qual a norma inferior é criada, mas eventualmente também o conteúdo da norma a ser criada. Na relação entre a Constituição e a lei, o procedimento regulamentado é predominante. Apesar disso, o conteúdo das futuras leis é determinado aqui também: a garantia constitucional dos direitos e liberdades básicas é uma tentativa de se determinar o conteúdo das futuras leis - pelo menos negativamente - através da exclusão de outros conteúdos (intromissão na liberdade individual e na propriedade). Na relação entre a lei e a decisão judicial ou o ato administrativo, a regulamentação do procedimento administrativo e a regulamentação do conteúdo da futura norma estão equilibradas; do mesmo modo que o procedimento para se criar a norma individual é determinado, assim também o conteúdo da norma individual (no direito substantivo, incluindo-se o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Administrativo) é determinado.

Essa determinação, no entanto, nunca é completa, pois a norma não pode ser vinculativa com relação a todos os detalhes do ato por meio do qual é posta em prática. Deve sempre haver uma margem - algumas vezes maior, algumas vezes menor - de livre arbítrio, de modo que a norma superior, em relação ao ato que a implementa (seja um ato de criação da norma inferior ou de simples implementação), tenha apenas o caráter de uma moldura a ser preenchida por meio desse ato. Mesmo um comando meticulosamente detalhado deve deixar um certo número de determinações para aqueles que o executam. Se a autoridade A ordena à autoridade B que prenda o cidadão C, B deverá usar o seu próprio discernimento para decidir quando, onde e como ele executará o mandado de prisão para prender C, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que A não previu e que, em grande parte, não pode prever.

§3. O que resulta do que foi dito anteriormente é que todo ato legal implementador de uma norma - seja ele um ato de criação jurídica ou um ato de simples implementação - é determinado apenas em parte por essa norma e permanece indeterminado com relação ao resto. Essa indeterminação pode dizer respeito tanto ao fato material condicionante como também à conseqüência condicionada, isto é, tanto ao "porquê" quanto ao "quê" do ato descrito. A indeterminação pode ser claramente proposital, isto é, pode ser a intenção da autoridade que editou a norma. Assim, a edição da norma geral sempre se opera - mantendo sua essência - através da pressuposição de que a norma individual editada na implementação da norma geral continuará o processo de determinação, o processo subjacente ao ordenamento hierárquico das normas legais. Assim também acontece com a delegação. Uma lei de saúde, que contém uma sanção para o caso de violação, determina que, em caso de haver um surto de epidemia, os habitantes da cidade afetada devem tomar precauções para evitar a ploriferação da doença; os órgão administrativos têm autonomia para determinar essas precauções das mais diversas formas, dependendo das várias doenças. O Direito Penal prevê uma multa ou uma pena de prisão para um determinado delito e, no caso concreto, deixa que juiz decida sobre uma ou outra sanção, e determine a sua severidade, podendo, para esta, ser estabelecido um limite máximo e mínimo na própria lei.

§4. A indeterminação do ato legal pode ser também a conseqüência não intencional das características da própria norma a ser implementada pelo ato em questão. Apresenta-se, em primeiro plano, a ambigüidade de uma palavra ou de uma frase usada na expressão da norma, pois o sentido lingüístico da norma não é inequívoco, e quem quer que tenha de implementá-la depara-se com várias leituras possíveis. A mesma situação existe quando o implementador da norma acredita que pode pressupor haver uma discrepância entre a expressão lingüística da norma e a vontade da autoridade que a editou, enquanto a questão de como a vontade da autoridade será revelada provavelmente será deixada aberta. De qualquer modo, onde se supõe que expressão lingüística da norma não corresponde à vontade da autoridade que editou, deve haver a possibilidade de pesquisa da sua vontade, apelando-se para outras fontes que não a própria expressão lingüística. A jurisprudência tradicional normalmente reconhece que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que participam de uma transação legal podem não corresponder às palavras usadas na lei ou na transação legal. A discrepância entre vontade e expressão pode ser total, mas também pode ser apenas parcial quando, por exemplo, a vontade do legislador ou a intenção das partes corresponde a pelo menos uma das várias possíveis leituras da expressão lingüística da norma.

Finalmente, a indeterminação do ato legal prescrito pode resultar do fato de que duas normas que pretendem ser simultaneamente válidas - por estarem ambas contidas, digamos, em uma mesma lei - se contradizem no todo ou em parte.

§5. Em todos esses casos, oferecem-se várias possibilidades para implementação da norma superior. O ato jurídico que implementa a norma legal pode ser feito para corresponder a uma ou outra das possíveis leituras da norma. Ou pode ser feito para corresponder à vontade do editor da norma, por mais que revelada, ou à expressão que ele escolher. Ou no caso de duas normas simultâneas que se contradizem, o ato legal pode ser feito para corresponder a uma ou a outra, ou para se decidir de que forma elas se revogam. Em todos esses casos, a norma a ser implementada é simplesmente uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de implementação, e todo ato que ficar dentro dessa moldura, preenchendo-a em algum sentido possível, está de conformidade com a norma.

Se por "interpretação" entende-se a revelação, através da cognoscibilidade, do espírito da norma a ser implementada, seu resultado pode ser apenas a descoberta da moldura que a norma a ser interpretada representa e, dentro dessa moldura, o conhecimento das várias possibilidades de sua implementação. Assim, interpretar uma lei não conduz necessariamente a uma solução como sendo a única correta, mas, possivelmente, leva a várias soluções, aferidas somente em confronto com a norma a ser aplicada, mesmo se considerando que apenas uma única delas se torna, no ato da decisão judicial. Direito positivo. Dizer que uma decisão judicial é baseada numa lei apenas significa, na verdade, que a decisão é uma das normas individuais possíveis dentro da moldura da norma geral, e não que aquela seja a única norma individual possível.

Na jurisprudência tradicional, no entanto, espera-se mais da interpretação do que simplesmente a descoberta da moldura do ato legal prescrito. A tarefa adicional a ser cumprida, que a jurisprudência tradicional tende a ver como a principal tarefa da interpretação, é o desenvolvimento de um método para preencher a moldura adequadamente. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada a um caso concreto, pode fornecer apenas uma solução correta e que a "justeza" dessa solução - sua correção em termos do Direito- é baseada na própria lei. A teoria tradicional representa o processo de se chegar a essa interpretação como se houvesse um ato intelectual de clarificação ou entendimento, como se o intérprete tiver apenas que usar a sua razão, e não a sua vontade; como se através de pura atividade intelectiva, ele pudesse escolher, entre as possibilidades existentes, uma que corresponda ao Direito positivo, e então fazer uma escolha justa nos termos desse Direito.

§6. No entanto, do ponto de vista do Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades dadas dentro da moldura da norma a ser aplicada possa ser favorecida com relação à outra. Com relação ao Direito positivo, não há qualquer método de acordo com o qual apenas uma das várias leituras de uma norma possa ser apontada como "correta", levando-se em conta, obviamente, que várias leituras do significado da norma sejam possíveis no contexto de todas as outras normas da lei ou do ordenamento jurídico. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu ainda, de um modo objetivamente válido, resolver o conflito entre o ato de vontade e a expressão da vontade. Todos métodos de interpretação desenvolvidos até hoje levam, invariavelmente, a um resultado possível, nunca a um único resultado correio. Do ponto de vista do Direito positivo, é indiferente negligenciar o texto para se fixar na presumida vontade do legislador, ou observar estritamente o texto, sem se preocupar com a vontade - normalmente problemática - do legislador. No caso em que duas normas simultaneamente válidas se contradizem, as possibilidades lógicas de implementação previamente mencionadas estão no mesmo plano do ponto de vista do Direito positivo. É inútil tentar estabelecer "juridicamente" uma possibilidade através da exclusão das outras. Os meios usuais de interpretação, argumentam a contrario e analogia, são ineficazes, pois ambos levam a resultados opostos e não há critério para se decidir quando usar um ou outro. Mesmo o princípio do chamado equilíbrio de interesses é meramente aqui uma formulação do problema, e não uma solução. Ele não fornece o critério objetivo de acordo com o qual interesses contrários possam ser comparados como uma forma de resolver conflitos de interesse. Esse parâmetro, em particular, não pode ser retirado da norma a ser interpretada, ou da lei que contém a norma, ou do sistema legal como um todo, como a chamada * teoria da ponderação de interesses/equilíbrio de interesses sugere ser possível. A necessidade de "interpretação" resulta justamente do fato de a norma - ou o sistema de normas - a ser aplicada deixar abertas várias possibilidades, o que equivale dizer que nem a norma nem o sistema de normas fornecem uma decisão sobre qual dos interesses envolvidos é o de maior valor. Em vez disso, essa decisão, essa gradação de interesses, é deixada para um futuro ato criador do Direito - para a sentença judicial, por exemplo.

§ 7. A noção subjacente à teoria tradicional da interpretação é que, como o ato legal prescrito é indeterminado, a determinação não fornecida pela norma superior aplicável pode ser obtida através de algum tipo de conhecimento do Direito preexistente. Essa noção auto-contraditóriavai contra o pressuposto de que uma interpretação é possível. Pois se uma norma pode ser interpretada, então a questão da escolha "correta" entre as possibilidades dadas dentro da moldura da norma dificilmente será uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo; não é um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito. A tarefa de se conseguir, a partir da lei, a única sentença justa ou ato administrativo correio da lei é basicamente a mesma tarefa de se criar, nos quadros da Constituição, as únicas leis justas. Assim como não se conseguem extrair, da Constituição, as únicas leis corretas através da interpretação, tampouco podemos extrair, das leis, as únicas sentenças corretas. Certamente existe uma diferença entre esses dois casos, mas apenas uma diferença quantitativa, e não qualitativa, que consiste apenas no fato de que, no sentido material, a vinculação do legislador é muito maior que a do juiz, em outras palavras, que aquele é muito mais livre do que este na criação da lei. Mas também o juiz é um criador de Direito, pois mesmo ele é, nessa função, relativamente livre.

E é justamente por esse motivo que é uma tarefa da vontade chegar à norma individual no processo de implementação da lei, desde que a moldura da norma geral seja preenchida desse modo. Comentários teoréticos supostamente relacionados à implementação de uma lei são de fato completamente políticos; fazem sugestões para o legislador, tentando influenciar na tarefa criativa dos tribunais e dos órgão administrativos. Na aplicação da lei deve haver também, da mesma forma, lugar para a atividade cognitiva, além da fixação da moldura dentro da qual o ato de aplicação deve ser confinado; isso não é conhecimento do Direito positivo, mas conhecimento de outras normas que agora podem participar do processo de criação da lei, tais como as normas de moral, de justiça, juízos sociais de valor costumeiramente designados por expressões como "bem-estar social", "interesse público", "progresso", etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada pode ser dito sobre a validade dessas normas e se elas podem ser verificadas ou não. Desse mesmo ponto de vista, tais determinações podem apenas ser caracterizadas negativamente, o que significa que essas determinações não resultam do próprio Direito positivo. Com relação a este, o ato legal é livre de tais restrições, isto é, o aplicador da lei é livre para agir de acordo com o seu entendimento, a menos que o próprio Direito positivo autorizasse algumas normas metajurídicas ou outras, como a moral ou a justiça. Essas normas, no entanto, se transformariam em normas do Direito positivo.

§8. A visão de que interpretação é conhecimento do Direito positivo, e que tal é o meio de se derivarem novas normas das normas vigentes, é a fundação da chamada jurisprudência de conceitos (Begriffsjurisprudenz), a qual a Teoria Pura do Direito também rejeita. A Teoria Pura destrói a visão de que as normas podem ser criadas por meio da cognição, uma visão que resulta, finalmente, da necessidade de se imaginar o Direito como um sistema fixo que regula todos os aspectos do comportamento humano, em particular, as atividades dos órgãos que aplicam a lei, acima de todos os tribunais. Sua função - e a da interpretação também, - é serem vistos simplesmente como a descoberta das normas existentes, normas, então, que são simplesmente para serem reveladas de uma certa maneira. A ilusão da certeza legal é o que a teoria jurídica tradicional, deliberadamente ou não, se esforça para manter.

§9. E dada à interpretação um papel especial no preenchimento das lacunas da lei. Lacunas genuínas, no entanto, não existem. Uma lacuna verdadeira significaria que uma disputa legal não poderia ser decidida de acordo com as normas vigentes, por faltar à lei um provimento que trate do caso e, consequentemente, esta não poderia ser aplicada.
Toda disputa legal consiste em uma parte fazendo uma demanda contra outra parte, e a decisão acatando ou rejeitando a demanda depende do fato de a lei - isto é, uma norma válida de ser aplicada num caso concreto - estabelecer ou não a alegada obrigação legal. Já que não existe uma terceira possibilidade, a decisão pode sempre ser tomada e, indubitavelmente, sempre com base na lei, isto é, através da aplicação da lei. Mesmo uma decisão que rejeite a demanda é feita apelando-se ao ordenamento jurídico vigente. Por meio da imposição aos indivíduos da obrigação de se comportarem de determinada maneira, o sistema legal garante a eles liberdade fora daquelas obrigações. Se A demanda que B se comporte de uma maneira não estabelecida como obrigatória pelo sistema legal vigente, então aquele sistema legal garante a B o "direito" de abster-se desse comportamento, um "direito" no sentido de liberdade legalmente garantida. O sistema legal defende não só o princípio de que o indivíduo é obrigado a se comportar de determinada maneira (comportar-se de maneira oposta é colocado como uma condição para a conseqüência específica de um ato ilegal), mas também o princípio de que se é livre onde não se é obrigado a fazer ou abster-se de fazer. É esta norma negativa que é aplicada numa decisão que rejeita uma demanda dirigida ao comportamento não estabelecido como obrigatório.

Se em certos casos, apesar disso, fala-se de uma "lacuna", isso não significa, como a expressão pode erroneamente sugerir, que uma decisão é logicamente impossível por falta de uma norma. Ao contrário, isso simplesmente significa que a decisão acatadora ou rejeitadora de uma demanda, enquanto logicamente possível, é tida como impraticável ou muito injusta pela autoridade responsável pela decisão, isto é, responsável pela aplicação da lei. Na verdade, a decisão é tida como tão impraticável que a autoridade sente-se inclinada a presumir que o legislador não tinha, de modo algum, considerado aquele caso, e caso tivesse, teria decidido de maneira diferente do que teria que ser decidido com base na lei. Se a pressuposição da autoridade é correia ou não, é pouco provável que se possa demonstrar; no entanto, em face da sua obrigação constitucionalmente estabelecida para aplicar a lei, no entanto, sua suposição é irrelevante. Mesmo que a lei seja considerada ruim na visão da autoridade que a aplica, ela precisa ser aplicada, sem mencionar que aquilo considerado ruim por alguns, pode apresentar-se como bom para outros. A chamada "lacuna", então, nada mais é que a diferença entre o Direito positivo e um sistema tido como melhor, mais justo, o mais possivelmente correio. Somente através do cortejamento desse sistema "melhor" com o sistema do Direito positivo e, desse modo, verificando as imperfeições deste, pode-se reconhecer algo como "lacuna". O fato de ele não poder ser preenchido por via da interpretação fica óbvio tão logo se reconheça a sua natureza. Nesse caso, a interpretação serve para eliminar a norma interpretada e substituí-la por uma norma que seja melhor, mais justa, o mais possivelmente correia - em suma, a norma desejada pelo órgão aplicador. Sob o pretexto de que a norma original está sendo suplementada para suprir suas deficiências, ela é anulada no curso da aplicação e é substituída por uma nova norma. Recorre-se a essa ficção, particularmente, quando, por qualquer motivo, é difícil ou impossível modificar a norma geral, ou porque se trate de direito consuetudinário - o qual não pode ser modificado por um procedimento racional -, ou porque se considerem as leis vigentes invioláveis ou de origem divina, ou porque é difícil ou impossível pôr em movimento a máquina legislativa.

§ 10. Ao lado de lacunas autênticas, podemos distinguir, ocasionalmente, lacunas técnicas. Estas são consideradas regulamentar algo que ele teria de regulamentar para tornar possível a aplicação da lei. O que se caracteriza como lacuna técnica, no entanto, é qualquer lacuna no sentido original da palavra, isto é, uma diferença entre o Direito positivo e o Direito desejado, ou é aquela indeterminação que derivado um caráter de moldura da norma. Um exemplo da primeira alternativa: uma lei estatui a força vinculativa de uma venda, mas nada determina sobre quem deve assumir a responsabilidade, caso a mercadoria vendida seja estragada, antes da entrega, sem que haja culpa de nenhuma das partes.

Não é o caso, no entanto, de se dizer que o legislador não determinou nada sobre a questão. Ou melhor, é que ele não determina que o vendedor está liberado da obrigação de entregar as mercadorias ou de providenciar uma substituição, uma determinação considerada obviamente como desejável pelo indivíduo que aqui alega a existência de uma lacuna. O simples fato de que a lei não faz exceções para a obrigação do vendedor de entregar as mercadorias - nem exceções no caso aqui mencionado também - significa que isto determina que o vendedor assuma o risco. Um exemplo da segunda alternativa com respeito ao que é caracterizado como uma lacuna técnica: uma lei determina que um órgão seja criado através de uma eleição, mas não regulamentados procedimentos eleitorais. Isso significa que algum tipo de eleição, qualquer que seja, é legal - seja baseada em voto majoritário ou proporcional, seja pública ou secreta, e assim por diante. A autoridade encarregada de proceder à eleição pode usar seu livre arbítrio para determinar os procedimentos da eleição; em outras palavras, a determinação desses procedimentos foi deixada para uma norma inferior. Outro exemplo: uma lei determina que para poder deliberar, uma comissão deve ser convocada por seu presidente; ao mesmo tempo, a lei determina que a própria comissão deve eleger seu presidente, mas não estatui nada sobre como a comissão deve se reunir quando não houver presidente. Ou esta norma significa que quando não houver presidente, considera-se legal a assembléia que se reunir, ou simplesmente significa que, neste caso, também, a comissão deve ser convocada por seu presidente, tornando assim, totalmente impossível o funcionamento legal da comissão. Mesmo aqui, no entanto, não existe "lacuna", pois a lei prevê que a comissão deve ser convocada por seu presidente - [e o provimento vale] - mesmo quando a comissão não tiver presidente. Se alei não prescreveu nada sobre como a comissão deve se reunir, então algum tipo de assembléia, qualquer que seja ela, deve ser legal.

Certamente, a lei determina algo absurdo aqui, mas que pode acontecer; afinal, as leis são um produto humano. Uma norma pode até mesmo ser completamente sem sentido e, aí, nenhuma interpretação é capaz de arrancar algum sentido dela, pois a interpretação não pode extrair de uma norma o que a norma não tem.

§11. Teoricamente, portanto, não existem lacunas na lei. O legislador, no entanto, influenciado por uma teoria equivocada, pode, não obstante, pressupor a existência de lacunas, mesmo que talvez ele próprio não as considere como tais. O legislador pode - e na verdade ele o faz - estabelecer provimentos que tratem de casos para os quais nenhuma decisão pode ser derivada da lei, provimentos como o art. 7 ° do Código Civil austríaco e o art. 1° do Código Civil suíço.
Se, como neste último, a lei instrui o juiz, no caso de haver uma "lacuna", a decidir qua legislador, isso equivale a autorizar o juiz, nos casos em que este considerar a aplicação da lei inaceitável, a decidir de acordo com seu próprio discernimento, em vez de o fazer com base na lei. O bom legislador não está em posição de dispensar o que bem poderia ser uma correção necessária da sua lei, tendo em vista que, desde o início, ele deve contar com fatos materiais que ele não previu e não pode prever e que ele pode, no máximo, direcionar suas normas gerais para o curso ordinário dos casos. Exatamente por esse motivo, ele não pode nem mesmo especificar aqueles casos em que ele pretende que o órgão oficial aplicador da lei responda por ele. Fosse ele capaz de especificar tais casos, ele não teria necessidade de ser representado. O legislador não tem outra alternativa senão deixar essa decisão para o órgão aplicador da lei e assumir o inevitável risco que "o legislador delegado" também decidirá casos onde o legislador teria a sua lei aplicada. O risco aqui, obviamente, é de que surjam questões sobre o princípio da legalidade na aplicação dessas normas gerais que são editadas expressamente para serem aplicadas pelos tribunais e pelos órgãos administrativos do governo, e, assim, surgem questões sobre a verdadeira validade dessas normas. Toda a importância da criação do Direito ameaça se transferir do nível geral para o individual, isto é, do legislador para a autoridade que aplica a lei. Para minimizar esse risco tanto quanto possível, a delegação de poder para burlar a lei é formulada de tal maneira que a autoridade aplicadora da lei não esteja ciente do extraordinário poder que de fato lhe é delegado. Ele é levado a acreditar que deve se abster de aplicar a lei somente naqueles casos nos quais ela própria impossibilita essa aplicação. Ele é levado a crer que é livre apenas onde ele deve agir como legislador, mas não é livre quando tiver que substituir o legislador. O fato de ele ser livre, mesmo em relação ao último
aspecto, lhe é oculto por meio da ficção da "lacuna". E a intenção do legislador que esta fórmula, deliberadamente falsa ou não, possa encorajar a autoridade aplicadora da lei a fazer apenas o mínimo uso da liberdade que lhe é concedida, e não aplicar a lei num caso concreto. Para a autoridade que aplica a lei, somente a maior divergência entre a lei e seu próprio senso de lei parecerá ser uma lacuna real, isto é, um caso em que o próprio legislador não desejou regulamentar e que a lei, consequentemente, não regulamenta; faltam as premissas lógicas, portanto, para a conclusão do geral para o particular representada em cada ato de aplicação da lei. A fórmula das chamadas "lacunas da lei" é tipicamente ideológica, descrevendo a aplicação de uma lei num caso concreto como logicamente impossível sob o Direito, enquanto -julgado de acordo com o discernimento da autoridade aplicadora da lei - ele pode simplesmente ser impraticável em termos de política jurídica.

(Tradução: Raíssa R. Mendes - Revisão: Menelick de Carvalho Netto)

DIREITO, FILOSOFIA E INTERPRETAÇÃO

RONALD DWORKIN

Muito obrigado por me apresentarem de forma tão esplêndida. Para aqueles que nunca tiveram essa experiência, devo dizer que é um grande prazer ser apresentado e possivelmente elogiado em uma língua que você não entende. Porque, aí, então, se pode compor para si próprio parte da apresentação. De qualquer modo, estou muito agradecido. Vocês nem podem imaginar quanta satisfação tive ao ser convidado para proferir não apenas uma, mas uma série de palestras inaugurais. Estou realmente muito agradecido.

Deverei fazer duas palestras sobre jurisprudência geral em duas cidades diferentes. A primeira delas, aqui em Tóquio, versará sobre o papel da interpretação no Direito. A palestra em Kobe será devotada principalmente às questões à inter-relação do Direito com a Filosofia Política - em especial à relação entre direito e democracia. Esta divisão é bastante conveniente para mim, pois se as pessoas me perguntarem hoje, na parte reservada ao debate, por que não discuti um determinado aspecto, vou responder: "espero discuti-lo em Kobe".

Se em Kobe me perguntarem por que não discuti uma determinada questão, direi: "discorri sobre esse assunto em Tóquio na semana passada".
No início da palestra de hoje, devo, em grande medida, simplesmente resumir pontos de vista já explicados de forma exaustiva em alguma obra de minha autoria.
Faço isso porque, apesar de alguns de vocês já estarem familiarizados com esses pontos de vista, há outros que não estão, e achei melhor começar por um breve resumo daquilo que já discuti anteriormente, de modo que, assim, eu possa desenvolver alguma matéria nova na parte principal da conferência.

A questão geral que eu gostaria de debater tem dois aspectos diferentes. Começo lembrando-lhes apesar de os juristas aqui presentes não precisarem de ser lembrados - que mesmo os expertos sempre discordam sobre qual é o direito em certa matéria. Mais do que isso, eles discordam, de uma maneira particular, especial e profunda. Mesmo quando concordam com o que chamaríamos de fatos históricos ordinários da matéria - mesmo quando há concordância entre os advogados sobre o que aconteceu em uma determinada ocasião, sobre quem fez o que a quem, e mesmo quando há consenso acerca de quais os sentidos das palavras escritas na legislação ou nos livros de Direito, e sobre o que os juizes escreveram ou disseram em casos anteriores - eles ainda podem discordar sobre qual é o direito. Para ilustrar essa questão, darei a vocês dois exemplos, ambos tirados do Direito norte-americano.
O primeiro é um caso famoso, julgado há muito tempo, chamado Riggs versus Palmer. É o caso de um Jovem cujo avô havia feito um testamento deixando-lhe a sua propriedade, e que, ao descobrir que este decidira se casar novamente e fazer um novo testamento, assassinou-o para evitar que isso ocorresse. Surgiu então a seguinte questão: o jovem ainda teria direito de herdar a propriedade do homem que ele havia matado? Não havia nenhuma discordância quanto ao entendimento dos fatos em si. Todos concordavam sobre o que dizia o Direito das Sucessões. O Direito não dizia nada sobre assassinos herdeiros, ou seja, ele não dizia que, se o herdeiro matasse o testador, ele seria desqualificado para receber a herança. No entanto, os advogados discordavam sobre a solução correia para o caso, e os juizes também: dois juizes disseram que o Direito imporia a conclusão de que assassinos não podem herdar. E um juiz, o discordante, disse: "Não, está errado. O Direito nos leva a afirmar que o assassino pode herdar a propriedade". Apenas para dar um outro exemplo, quero mencionar um outro caso famoso. É o caso da Buick Motors Company versus McPherson. Houve uma época em que a maioria dos juristas americanos achava que, se alguém comprasse um automóvel com defeito, poderia processar apenas a revendedora onde ele tivesse comprado o carro. Não se poderia processar o fabricante. Eles assim acreditavam porque não havia um contrato entre o comprador e o fabricante. No caso da Buick, a parte queixosa, lesada por ter comprado um automóvel defeituoso, decidiu que deveria processar o fabricante, a Companhia Buick Motors, que pertence à General Motors, mesmo indo contra a opinião geral de que ela perderia. Mais uma vez os juizes discordavam entre si. A maioria, com base em um famoso voto da lavra do Ministro Cardozo da Suprema Corte, dizia que, com efeito, "se analisarmos cuidadosamente as decisões anteriores da maneira correta, perceberemos, então, que, apesar da opinião geral dos advogados, na verdade, o Direito permite que alguém que tenha comprado um automóvel defeituoso de uma concessionária possa processar diretamente o fabricante". Havia desacordo de opiniões. O ministro discora concessionária da qual ele tenha comprado o carro".
Mais uma vez, não havia desacordo sobre o que tinha realmente acontecido. Todos concordavam que o motor do carro estava com defeito. Todos concordavam sobre o que estava escrito nos casos anteriores e, no entanto, advogados e juizes bastante eruditos, competentes e capazes discordavam entre si sobre a correia disposição do Direito.
Essa discordância levanta, então, uma questão filosófica, que pode ser descrita de dois modos diferentes. Podemos descrevê-la de uma perspectiva que os filósofos chamariam de perspectiva epistemológica, como um problema de raciocínio jurídico. Quando todos os fatos estão estabelecidos, qual é o raciocínio correio para se chegar a uma conclusão no Direito? Podemos também descrever o problema (para usar, novamente, o jargão filosófico) como um problema ontológico, isto é, um problema sobre o que deve ser verdade sobre o mundo - sobre o que deve ter acontecido lá - de modo a tornar a proposição de Direito falsa ou verdadeira.

Mas, apesar de serem formulações diferentes, a questão subjacente é a mesma. Permitam-me ilustrar esse ponto com um exemplo que não seja jurídico. Suponhamos que eu pergunte se o Japão é um país rico. Alguém, ao tentar responder a questão epistemológica, poderia ficar perplexo: como é que seria possível descobrir a resposta certa para essa questão? O que seria considerada uma boa evidência para se decidir se um país é rico ou não? Ou as pessoas poderiam ficar perplexas diante da questão ontológica. Ninguém acha que a afirmação de que o Japão é uma nação rica é verdadeira porque o Japão é uma pessoa com um monte de dinheiro no bolso. Devemos, portanto, perguntar: que diferentes tipos de fatos - no que se refere à riqueza dos indivíduos, das pessoas reais, por exemplo, - podem fazer verdadeira a afirmação de que uma nação é rica? Os mesmos dois tipos de questões, epistemológica e ontológica, são levantados pelos desacordos no direito, que descrevi e exemplifiquei. Temos, como já disse, primeiramente a questão do raciocínio jurídico : o que poderia ser considerado um bom argumento para o fato de um assassino não poder, no direito, herdar de sua vítima? Em segundo lugar, temos, como igualmente misteriosa, a questão ontológica: se é fato que assassinos não podem herdar de suas vítimas, que tipo de fato é esse? è fato evidente, como o fato de que existem 9 planetas no sistema solar? Se não o é, seria do mesmo tipo de fato de que o Japão, é rico, ou seja um resumo de um grande número de outros fatos, mais básicos, acerca do que as pessoas em particular fazem ou têm feito? Essas são, para mim, as questões centrais da Teoria Geral do Direito. Essas são as questões filosóficas dor trás da questão jurídica tradicional "qual é o direito?"

Por um longo tempo, não apenas nos Estados Unidos ou na Inglaterra, onde ensino, mas em todo mundo, um conjunto de respostas a essas questões, uma teoria jurídica geral, usualmente denominado Positivismo Jurídico, exerceu uma grande influência. Na América do Norte e na Europa, os filósofos mais influentes dessa linha de pensamento são Hans Kelsen, John Austin e H.L.A. Hart. Poderia resumir melhor as respostas que o Positivismo dá às minhas perguntas, começando pela questão ontológica.

O Positivismo diz que as proposições de Direito, como o postulado que proíbe que os assassinos herdem de suas vítimas, só podem ser verdadeiras em virtude de eventos históricos - de determinadas pessoas dizendo ou pensando determinadas coisas. John Austin disse, como maioria de vocês sabe, que o "Direito é o camando do soberano". Ele quis dizer com isso que o que faz uma proposição de Direito verdadeira - quando ela for verdadeira - é um acontecimento histórico de um determinado tipo, ou seja um soberano, uma pessoa pessoa dotada de poder político ilimitado, que edita uma ordem para aquele efeito. Essa é a única coisa, de acordo com Austin, que pode fazer verdadeira uma proposição de Direito.

H.L.A. Hart elaborou uma teoria muito mais sofisticada. Ele disse que as proposições de Direito são consideradas verdadeiras, mais fundamentalmente, em virtude de um fato sociológico: o de que o público em geral ou, pelo menos, as autoridades de uma comunidade tenham aceitado um princípio geral, que ele chama de uma Regra de Reconhecimento, estipulando procedimentos e condições que fazem válidas as leis. "Por exemplo", disse Hart, "na Grã-Bretanha, a Regra de Reconhecimento, ou seja, o princípio geral aceito por todos, é que aquilo que o Parlamento declarar como lei é efetivamente considerado lei". Daí que uma proposição de Direito é verdadeira, na Grã-Bretanha, se o Parlamento aprovar as regras que a proposição estatui.

Em síntese, a resposta do Positivismo à questão ontológica é "o Direito é verdadeiro em virtude dos fatos sobre os quais um povo em particular, seus soberanos, como no caso de Austin, ou as pessoas em geral, no caso de Hart, decidiram ou pensaram". Se dermos essa resposta à questão ontológica, então a resposta mais prática, epistemológica, que se dará à questão é simples. De acordo com os positivistas, descobre-se qual é o Direito simplesmente voltando à história a fim de encontrarmos o que o Direito efetivamente tem feito através dos atos históricos que, de acordo com a versão do Positivismo em questão, constituem o Direito. Portanto, no caso daquele jovem mau que assassinou o avô, simplesmente consultam-se os livros para se saber se os legisladores alguma vez disseram - de um modo ou de outro - qual é a resposta.

Mas existe uma dificuldade óbvia em tudo isso. De maneira se explica como e por que juizes e advogados discordam entre si? Vocês lembram de que eu disse que todos os advogados, e todos os juizes concordaram, no caso Riggs versus Palmer e no caso da Buick, acerca de quais eram os fatos históricos, incluindo-se os fatos relativos ao que os legisladores teriam feito. Mas se o Positivismo estiver certo - se a única coisa envolvida na questão jurídica é se saber qual a decisão a que se chegou no passado -, como poderia haver desacordo? O positivista responde a essa questão deste modo: não há, nesses casos, qualquer controvérsia sobre qual é o Direito. Isso é uma ilusão. Os juizes podem dizer que estão discordando sobre qual é o Direito, mas não estão, já que eles concordam a respeito de quais foram as decisões tomadas no passado. Em que eles discordam, então? Eles estão discordando, de acordo com o Positivismo, a respeito do que o Direito deveria ser Eles estão discutindo entre si sobre até que ponto, no exercício do seu poder discricionário para fazê-lo, eles deveriam mudar o Direito.

Quero, agora, resumir as minhas razões para pensar que essa é uma resposta ruim. Advogados e juizes pensam estar discordando a respeito do que é o Direito. É desse modo que eles próprios entendem o que está acontecendo. Assim é que se sente um juiz ou um advogado nesses casos. Sente-se que há um problema difícil a ser resolvido e que esse é um problema acerca do que é realmente o Direito, não do que ele deveria ser, que se acredita ser um assunto muito mais fácil. Precisamos de uma teoria do Direito, uma resposta às nossas questões que não nos leve à surpreendente conclusão de que o desacordo que parece tão genuíno e tão absorvente seria na verdade, ilusório. Eis o motivo pelo qual tentei defender um tipo de resposta distinta da positivista. Essa outra resposta encontra o cerne do Direito não apenas nas decisões oficiais do passado, mas também no processo de interpretação das decisões tomadas no passado, o que
pretendo agora exemplificar.

Às vezes é bastante proveitoso introduzir uma idéia complicada através de uma analogia. Por isso, vou imaginar um jogo feito para tardes chuvosas, quando não se tem nada para fazer. Imaginem dez pessoas, romancistas, que passam uma tarde deste tipo juntos, organizando o seguinte jogo. Eles tiram a sorte com pedaços de papel que têm números diferentes em cada um deles. O escritor que tirar o número l escreve o primeiro capítulo de um romance, um romance original e inédito. Depois, ele dá o capítulo que escreveu para o romancista que tirou o número 2. Assim, o romancista número 2 lê o primeiro capítulo e escreve um segundo capítulo que continue a estória, tentando fazer com que o romance se desenvolva da melhor maneira possível. E, então, os dois primeiros capítulos são entregues ao romancista que tirou o número 3, e ele escreve outro capítulo, continuando assim a estória, tentando fazer dela a melhor
possível. Esse processo continua até que o romancista que tirou o número 10 termine o seu capítulo. Esse último romancista teve de ler toda a estória, até aquele ponto, e escrever um novo capítulo com novos acontecimentos, mas sempre cuidando para que o novo capítulo fosse, ainda assim, uma continuação da mesma estória.

Gostaria agora de comparar o desenvolvimento do Direito à elaboração desse, digamos, romance em cadeia. Minha idéia colocada de uma maneira bem simples (mais tarde tentarei explicar melhor) é que quando um advogado ou um juiz depara com um novo problema, como no caso do jovem assassino ou no problema do carro da Buick com defeito, ele deveria ler todo o Direito até aquele ponto, como se ele fosse capítulos precedentes de um romance, e deveria entender que a decisão a que deve chegar no novo caso deve ser uma decisão que continue a estória da forma mais adequada possível.

Espero, agora, que esteja claro, a partir do meu jogo imaginário, que dois escritores diferentes escreveriam o mesmo capítulo da estória de maneiras diferentes. Portanto, também advogados ou juizes diferentes terão opiniões diferentes sobre a melhor maneira de se continuar a estória. Eles terão opiniões diferentes em parte, não completamente, porque o que faz uma continuação da estória jurídica melhor que outra vai depender das convicções morais e políticas de cada um. Por isso, se um juiz for muito conservador, decidirá o caso da Buick de uma maneira diferente daquela como um juiz mais liberal o decidiria. Mas, a despeito desse fato, se os juizes estão de boa-fé ao buscarem decidir mais como intérpretes do que como legisladores, então para cada
juiz haverá, apesar disso, uma diferença entre duas questões. A primeira é a questão da interpretação. Qual é a melhor leitura que se pode fazer dessa história jurídica até este ponto? Como eu posso interpretar ou entender isso para fazer, até o momento presente, a melhor estória de um ponto de vista político? A segunda não é uma questão de interpretação, mas de legislação. Se eu pudesse fazer um Direito "novo em folha", sem responsabilidade para com o passado, da maneira como a um legislador é permitido proceder - se eu pudesse, na verdade, começar um novo romance -, como eu o faria?

Acredito que, mesmo quando algumas opiniões jurídicas de um juiz refletirem sua convicção política, haverá, apesar disso, uma diferença para cada juiz entre a interpretação da estória até aquele ponto e a decisão de como ele a regulamentaria se não houvesse qualquer estória até então. Suponhamos, por exemplo, que haja um juiz comunista nos Estados Unidos (eu concordo que isso seja pouco provável) e que ele defrontasse com o caso da Buick. Suponhamos que ele diga: "Eu gostaria de estabelecer um princípio jurídico a fim de que qualquer um que processe uma grande empresa capitalista ganhe, automaticamente, a causa. Se ele realmente tentar
interpretar a história do Direito norte-americano para saber se aquele princípio poderia ser tido como continuador da estória, ele fracassaria. A estória do Direito Americano, até aqui, não é, sem dúvida, uma estória em que o capitalismo sempre perde: Nenhum juiz com um mínimo de responsabilidade poderia pensar que fosse, e esse fato marca a diferença entre interpretação e legislação original. Ou, como eu colocaria a questão, a diferença entre interpretação e invenção.

Muito bem. Isso conclui a minha tentativa de fazer um breve resumo da posição que eu busquei defender no passado, em especial no livro Law's Empire(*). Agora, quero me reportar a várias objeções importantes que têm sido feitas a minha posição. Faço isso não apenas porque todo escritor goste de uma oportunidade para replicar críticas a seus trabalhos, mas porque essas objeções parecem me requerer uma resposta que seja um relato mais geral e esclarecedor do conceito de interpretação do que apenas a repetição do que já é dito na obra Law's Empire. Gostaria, portanto, nesta tarde, de descrever primeiramente as críticas e, só então, tentar desenvolver com vocês uma teoria mais geral da interpretação. Espero que vocês percebam o que quero dizer. Eis as objeções que gostaria de discutir com vocês.
A primeira insiste em afirmar que eu entendi mal o que realmente seria interpretação. Essa critica tem sido feita por muitas pessoas, inclusive por críticos literários. Eles dizem que, no meu ponto de vista, interpretação é sempre uma tentativa de se fazer de uma estória a melhor estória possível.

Eu disse que, quando os romancistas estavam escrevendo o romance em cadeia, cada um deles estava tentando fazer a melhor continuação possível desse romance. E digo que, quando os juizes decidem um caso difícil, cada um deveria estar buscando dar continuidade à estória da melhor forma possível, do ponto de vista da justiça política. Bem, a crítica diz que a interpretação tem por objetivo descrever o objeto da interpretação como ele realmente é, e não fazer dele o melhor possível.

Na minha visão, a interpretação objetiva melhorar o objeto da interpretação, enquanto que, de acordo com a primeira crítica, a interpretação não seria uma questão de se buscar melhorar algo, mas de se descrever algo com precisão.

A segunda crítica está relacionada com a primeira. Ela afirma que a minha visão da interpretação aplicada ao Direito tem o efeito indesejável de fazer o Direito parecer mais atraente do que realmente é. Suponhamos que vocês estivessem interpretando Mein Kampf (Minha Luta) de Hitler, o Holocausto ou a subida de Joseph Stalin ao poder. Vocês tentariam fazer qualquer dessas estórias parecer boa? Existe algo de horrível, de acordo com essa segunda crítica, na idéia de se tentar reescrever a história para fazê-la a melhor possível. Algumas vezes é importante mostrá-la tão má quanto possível.

A terceira crítica é diferente das duas Primeiras - e mais filosófica. Ela diz: será que se pode acreditar que sempre existe uma única resposta correta para uma questão de interpretação? A inteipretação é essencialmente uma matéria subjetiva. Para cada pessoa, há uma interpretação diferente. Se duas pessoas olham para a mesma pintura ou para a mesma peça de arte, ou assistem a mesma performance de um drama de Noh. verão coisas diferentes, porque a interpretação não é objetiva mas subjetiva. Por isso, se estou certo de que o Direito é essencialmente uma questão não de descoberta do eventos históricos, mas da interpretação desses eventos então o Direito se torna, de acordo com essa crítica muito mais subjetivo do que objetivo.

Essas são as três críticas que, acredito, exigem de mim (ou deveria dizer, de nós) uma reflexão mais genérica sobre o fenômeno da interpretação. Por isso, com a complacência de vocês, vou. por alguns minutos, virar as costas as costas ao Direito. Eu sei que estou aqui para proferir uma conferência jurídica e que vocês são juristas mas vou dar as costas aso Direito um pouco porque nó também interpretamos, é claro, um grande leque de fenômenos e contextos. Permitam-me lembrá-lo dos diferentes tipos de atividades nas quais, de uma forma ou de outra, a interpretação é a idéia central.

Temos a interpretação jurídica, mas também a interpretação literária, a artística e a estética. Temos a interpretação científica. Dizemos que os cientistas interpretam dados. Existe também a interpretação histórica. Os historiadores não apenas descrevem os eventos do passado, mas também os interpretam. E existe a interpretação psicanalítica. A obra mais famosa de Sigmund Freud, pelo menos para o público em geral, chama-se A Interpretação dos Sonhos. Nem preciso lembrar-lhes que, obviamente, existe uma oportunidade muito mais corriqueira de interpretação, chamada conversação. Na verdade, o que vocês estão ouvindo agora, nos seus fones de ouvido, desses intérpretes admiráveis, que estão penando para dar sentido ao que estou dizendo, é uma forma de interpretação. Eles estão interpretando o que eu digo, e fazem isso numa língua diferente da que estou usando.

Pois bem, o fato de termos um grande leque de atividades nas quais figura a idéia da interpretação sugere um problema que, até onde eu saiba, não tem sido discutido pelos filósofos, pelo menos não nesses termos.
Refiro-me ao problema de se dar uma resposta à seguinte questão: todas essas várias atividades são consideradas interpretação no mesmo sentido? Se é assim, o que é interpretação, considerando-se que ela pode ser entendida tão abstratamente que a interpretação de sonhos e a interpretação de leis são tomadas, ambas, como ocasiões de interpretação?

Se nós podemos encontrar alguma teoria da interpretação tão geral que abranja todos esses diferentes casos, ou mesmo a maioria deles, surge, então, um problema maior. Como poderemos distinguir entre os diferentes tipos de atividades de interpretação? Pois nós, certamente, distinguimos. Suponham que apareça atrás de mim, agora, uma série de clarões de luz. E então eu pedisse a vocês que interpretasse essas luzes. Vocês não saberiam nem mesmo como começar, até que soubessem que tipo de interpretação seria mais adequada. Vocês teriam de decidir se as luzes seriam um fenômeno natural - algumas luzes misteriosas que acabaram de aparecer na atmosfera - ou se seriam uma mensagem cifrada transmitida em código morse, ou uma nova forma de arte, que se consubstanciara em um espetáculo de luzes concebido por algum tipo de artista.

Portanto, nós temos dois problemas que qualquer teoria geral da interpretação deve confrontar. O primeiro é o que - ou se algo - faz todos esses tipos ou ocasiões de interpretação ocasiões de uma mesma coisa? E o segundo problema, igualmente difícil, é o seguinte: o que, como o exemplo dado nos sugere, faz com que seja tão profunda a diferença entre cada forma de interpretação? E quando desenvolvermos, se pudermos, uma teoria geral da interpretação que responda a essas questões, temos que moldá-la de maneira que possa responder simultaneamente a duas outras questões. A primeira é esta: seria uma característica de todos esses diferentes tipos de interpretação que aqueles que realizam cada uma delas - os cientistas, os juristas, os historiadores, os tradutores, os psicanalistas -, quando discordassem entre si, cada um deles pensaria, pelo menos na maior parte das vezes, que está certo, e os demais, errados. Isto é, pensamos, tipicamente, na interpretação como algo que pode ser feito melhor ou pior, que uma interpretação pode ser verdadeira ou falsa. E esse aspecto vem enriquecer o problema, pois não existem muitas atividades, se vocês pensarem em todas as diferentes atividades nas quais nos engajamos, que, nesse sentido, buscam a verdade ou que levantam uma pretensão de verdade.

Mas, uma vez que entendamos que é inerente à interpretação, nesse sentido muito geral, que ela reivindique a verdade, perceberemos então uma quarta característica que a teoria precisa levar em conta, que é a seguinte: uma teoria geral da interpretação precisa, no mínimo, deixar espaço para o ceticismo, porque é também uma característica de cada um dos tipos de interpretação que descrevi a existência de céticos que dizem que toda essa seara é uma espécie de nonsense. Eu sei, por exemplo, que tem havido recentemente, no Japão, muita discussão sobre o movimento desconstrutivista na teoria literária, que é um tipo de posição cética. Nos Estados Unidos, estamos familiarizados com uma gama de posições céticas que dizem que Direito é nonsense, que não há Direito. Por isso, uma teoria geral da interpretação precisa explicar não apenas por que a maioria dos que a vivenciam vêem esse empreendimento como uma busca da verdade, ao esperarem estabelecer a verdade, mas também por que alguns o vêem de um modo cético, destituído de verdade.

Muito bem, eis o desafio, e vou dar uma breve resposta a ele. Essa não será, é claro, uma teoria completa, não apenas porque não tenho tempo de desenvolver os detalhes, mas porque ela servirá apenas em alguns dos contextos de interpretação que descrevi. E uma teoria parcial, parte de uma teoria mais geral, que tentarei descrever em outra ocasião. Mas a parte da teoria que vou tentar descrever agora nos é particularmente útil porque, apesar de não servir para todos os contextos, serve à classe daqueles contextos que incluem o Direito.

Chamo essa forma de interpretação de interpretação construtivista.
Vocês já perceberam que a interpretação tem lugar dentro de práticas sociais organizadas e que os conceitos que usamos na formação de interpretações de diferentes tipos tomam seu sentido não do mundo natural, mas dessas práticas sociais. Considerem, por exemplo, os conceitos que figuram na interpretação estética: os conceitos de romance, ficção, poema, soneto, drama. Esses conceitos ganham vida, ou seja, tomam seu significado e sentido das atividades e dos empreendimentos humanos. Deve ter havido um tempo em que as pessoas primeiro começaram a pensar que inventar uma estória era criar algo. Antes disso, era simplesmente contar mentiras. De repente, contar mentiras torna-se uma maneira de criar arte. Deve ter havido um momento no qual o desenho de um búfalo na parede adquiriu uma nova dimensão de significado como arte. Esse foi o momento no qual ele foi absorvido dentro de um empreendimento humano distinto. É claro, conversação e tradução também são parte de um empreendimento humano distinto.

Bem, todas essas práticas e empreendimentos que citei até agora são vistos por aqueles de nós que se ocupam deles não como sem sentido, mas como benéficos ou válidos de alguma outra forma. Nós consideramos que eles têm um objetivo ou finalidade. Achamos que o Direito tem uma função na comunidade a que pertence.
Acreditamos que a arte tenha um tipo diferente de função, que traga uma dimensão de experiência válida a nossas vidas. Consideramos que a história tenha um tipo diferente de valor narrativo, e assim por diante.
Isto é, não temos esses empreendimentos simplesmente como rituais. Nós os temos como algo importante, como algo que tem valor.
Agora, constituído esse pano de fundo, dado esse background, posso apresentar o estudo da interpretação construtivista. A interpretação construtivista surge quando as pessoas se engajam numa prática desse tipo, em que todos consideram-na portadora de um propósito ou finalidade, mas discordam, exatamente, acerca de qual seria esse propósito ou finalidade. Neste evento, os participantes considerarão a extensão ou o âmbito de aplicação dos conceitos que tomam a prática sensível a essa finalidade ou por ela determinada. Servem a diferentes tipos de finalidades. Podemos discordar sobre qual é a finalidade do Direito, mas concordamos que a finalidade do Direito é diferente da finalidade da poesia. Por que podemos ser "inquiridores" da verdade sobre as matérias da interpretação? Porque somos pesquisadores da verdade nas matérias das quais depende a interpretação. Suponhamos que discordemos de outros advogados, em algum ponto da interpretação jurídica, por serem nossos pontos de vista sobre a finalidade do Direito, ou sobre a justiça - pois, até onde sabemos, o objetivo do Direito é proporcionar a justiça - diferentes dos deles. Acharemos que a nossa interpretação é a verdadeira - e não apenas diferente - se acreditarmos, e porque acreditamos, que as nossas opiniões sobre a finalidade do Direito ou sobre justiça são verdadeiras. Defendemos nossos pontos de vista sobre essas matérias como uma questão de convicção, o que significa que achamos serem elas verdadeiras.

Mas espero que vocês percebam também porque o ceticismo está sempre no background. Porque o ceticismo sempre se apresenta quando lidamos com assuntos que as pessoas sentem, profundamente, como uma questão de convicção, mas sobre os quais discordam entre si, sem que nenhuma delas possa provar que está certa. Posso pensar, de uma maneira passional, que a finalidade da verdade da literatura é celebrar Deus. Mas outros pensam que o valor da verdadeira literatura é muito diferente. Não tenho como demonstrar que estou certo, e , consequentemente, sou vulnerável ao desafio do célico que diz que ninguém está certo, que não há verdade nem falsidade sobre tal questão. Então, como uma matéria formal, e no nível abstraio, a teoria superficial que apresentei a vocês (que vocês podem denominar teoria teleológica ou finalística da interpretação) tem a forma correia, ao corresponder aos vários requisitos que eu disse que a teoria da interpretação deveria preencher.

Vamos observar mais detalhadamente alguns exemplos dessa teoria na prática, e já que prometi que retornaria, masi cedo ou mais tarde, ao Direito, volto a ele no meu primeiro exemplo. Como esse relato da interpretação ajuda a entender a discussão em Riggs versus Palmer, no caso do jovem que assassinou o avô ou no caso da Buick versus McPherson, sobre a mulher que processou a Companhia Buick Motors? É claro que muitas visões podem ser e são sustentadas acerca do objetivo ou da função do Direito como um empreendimento coletivo. No entanto, a fim de simplificar o exemplo, posso supor que em uma determinada comunidade haja apenas duas visões possíveis de serem defendidas por quaisquer de seus membros. A primeira insiste que o Direito existe para prover certeza e regulação, a fim de que a vida coletiva possa ser mais
eficiente, de modo que as pessoas possam planejar suas vidas sabendo quais regras a polícia ou o Estado vai obrigá-las a cumprir. Agora, se alguém assumisse essa visão da finalidade do Direito, alegando, grosso modo, que o Direito existe para permitir que a sociedade funcione eficientemente, a despeito do fato de as pessoas discordarem acerca da justiça e da moralidade - ele tenderia a ter uma abordagem positivista do Direito. Especificamente, ele tenderia a acolher a visão ontológica de que o Direito existe apenas na forma de decisões explícitas do passado tomadas por autoridades políticas, e que podem ser lidas e conhecidas. Ele pode ser levado a pensar, no caso do herdeiro assassino, que este deve herdar, porque a lei é muito clara sobre os testes formais pelos quais um testamento deve passar para ser considerado válido, e não diz absolutamente nada sobre assassinos do próprio doador. Se tivéssemos de decidir questões morais, tais como saber se e quando será permitido aos assassinos herdarem, a fim de saber se um testamento em especial teria de ser cumprido, na visão que esse alguém tem da finalidade do Direito, essa finalidade mesma seria frustrada. Um juiz simpatizante do Positivismo, por ter a visão de que o propósito do Direito é promover a previsibilidade, pensaria, consequentemente, que o Direito permite que o assassino herde, apesar de ele também poder achar que, no futuro, o Direito devesse ser mudado pelo Parlamento, e não pelo juíz. De maneira semelhante, no caso da Buick Motors, um positivista com essa visão tenderia a não permitir um processo contra o fabricante, pela simples razão de que nenhum caso passado permitiu tal processo, e os legisladores não disseram que essa prática poderia ser mudada.

Considerem, agora, uma visão diferente sobre a finalidade ou o objetivo das leis. Nela, sustenta-se que a visão positivista que acabei de descrever é por demais limitada. Ela reconhece que o Direito serve ao propósito de permitir às pessoas planejar seus negócios e que, para esse propósito, é desejável a previsibilidade. Mas acrescenta que o Direito deveria fazer mais do que isso pela comunidade. O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente em seus princípios; deveria também procurar ajudar a preservar aquilo que poderíamos chamar de integridade da regência, do governo, da comunidade, de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza.

Pois bem, alguém que tenha essa visão pode muito bem pensar, na hipótese de o beneficiário assassinar o testador, que permitir que um assassino obtenha vantagens de seu terrível crime atenta tão frontalmente contra os princípios gerais da moral e do Direito, que, precisamente por isso, deveríamos entender a legislação como impeditiva desse fato. Ainda que a lei não tenha nenhum dispositivo que diga explicitamente que um assassino não pode tirar proveito de sua própria torpeza, ao lermos essa lei no contexto do Direito como um todo, com o objetivo de que o Direito seja em princípio coerente, somos levados, por isso mesmo, a decidir que o Direito adequadamente entendido não permite que um assassino herde os bens de sua vítima. Foi isso que o tribunal efetivamente decidiu.

No caso da Buick, que foi como disse, uma decisão muito famosa do ministro Cardoso, o tribunal usou um tipo similar de raciocínio. Se desejamos que o Direito seja coerente com os princípios, é necessário que não entendamos o direito, até onde for possível, como algo absolutamente separado da moral, e que não tomemos decisões que sejam moralmente arbitrárias. Se o defeito no automóvel não é culpa do vendedor, que simplesmente o revende, mas do fabricante, de onde se originou o defeito, então, qual princípio moral poderia justificar a proibição à pessoa prejudicada de reivindicar seus direitos à instituição que realmente causou o dano?

Agora, suponhamos que eu possa começar a responder às questões que enumerei anteriormente. Sobre o que estão realmente discordando os juizes que divergem acerca do Direito, ainda que concordem sobre os fatos?
Eles estão discordando (podemos dizer agora) acerca de qual seria a interpretação correia da estória até aquele ponto, e discordam sobre isso porque a interpretação é teleológica, finalística, uma vez que discordam sobre qual a melhor atribuição do objetivo ou da finalidade do empreendimento geral do Direito.
Mas comprovemos a generalidade desse estudo, ao considerarmos outras ocasiões de interpretação construtivista. Devemos começar pela interpretação literária. Existem, é claro, muitas escolas de interpretação literária. Sem dúvida, existem discussões acaloradas, tanto aqui no Japão quanto no resto do mundo, entre os defensores das diversas maneiras de se entender a poesia ou as peças de teatro ou os romances. Mas, novamente, para simplificar, e apenas para fins de ilustração, vou contrapor somente umas poucas visões sobre a finalidade da literatura. Como no caso do Direito, a simplificação negligencia muitas nuanças interessantes, mas faço
isso com fins ilustrativos.
A primeira dessas poucas visões que vou mencionar sustenta que a finalidade da literatura é a instrução moral.

Ela deveria visar ao aumento de nossa sensibilidade com relação às verdadeiras questões morais, a fim de nos mostrar, de maneira convincente, as verdades sobre os conflitos, as opções e as tragédias que só conseguimos ver de uma maneira inexata e sem o correto e profundo aporte da literatura. Essa era a visão, por exemplo, de um crítico britânico muito influente, F. R. Leavis.

A segunda visão é, por oposição, formalista. Ela sustenta que a finalidade da literatura é interna à estética, que ela consiste em criar um tipo de beleza ou poder que precisa ser valorizado por si próprio, em seus próprios termos, e não porque nos ensina algo sobre a moral (ou sobre a psicologia, a história ou qualquer outra coisa).
Uma terceira visão é a Marxista. Ela sustenta que o objetivo da literatura é contribuir para o triunfo histórico da classe trabalhadora.

Agora, vou sugerir a vocês que as pessoas que sustentam uma dessas três visões sobre a finalidade ou objetivo da literatura, provavelmente, interpretem uma peça de teatro ou um poema complexos de forma muito diferente da que um crítico que tivesse uma das outras duas visões - apesar de isso ser algo que não posso esperar que seja facilmente demonstrável. Aparentemente, pode não estar muito claro o motivo pelo qual as pessoas que discordam, por exemplo, sobre a análise correta do personagem Shylock, na peça O Mercador de Veneza", de Shakespeare, estão, na verdade, discutindo.

De acordo com essa visão, a raiz do desacordo pode residir nas marcantes diferenças acerca do correto entendimento de qual é a finalidade de se julgar e interpretar a arte. Um intérprete marxista pode ser levado a ver Shylock tanto como opressor quanto como vítima do capitalismo veneziano. Um simpatizante do pensamento de Leavis seria tentado a fazer um estudo mais profundo que deveria enfatizar, por exemplo, a complexidade das relações de Shylock com sua filha Jéssica. E um formalista poderia rejeitar ambas as visões por serem muito externas, muito pouco ligadas ao vocabulário metafórico e a outros aspectos lingüísticos da peça.

Consideremos, agora, a forma mais comum de interpretação: a interpretação da conversação. Os filósofos têm ficado atônitos com relação à seguinte dificuldade: é impossível entender o que o outro está dizendo, o que uma pessoa quer dizer, antes de se entender muitas outras coisas sobre essa pessoa, incluindo, por exemplo, aquilo em que ela acredita e o que ela quer. Intenções, significados e crenças estão unidos num mesmo sistema. Como podem os intérpretes aqui hoje traduzir para o japonês o que estou dizendo, sem saberem uma série de coisas a meu respeito? Eu digo a vocês, "isto é um copo d'água". Como os intérpretes sabem que estou usando a palavra "água" para me referir à água, de modo a poderem traduzir o que digo, usando a palavra água em japonês? Como eles sabem que "água" não é apenas o meu modo engraçadinho ou irônico de me referir a vodca?

Eles devem estar presumindo, por exemplo, que o que penso estar neste copo - do qual bebo de tempos em tempos durante esta palestra - é água.
Agora eis o quebra-cabeça: como podem os intérpretes decidir o que penso antes de saberem o que quero dizer com as palavras que uso? E como podem decidir o que quero dizer ao usar essas palavras até saberem o que penso? Os filósofos liderados por Donald Davidson, baseados na obra de Williard Van Orman Quine, propuseram que devemos pensar nas crenças, nos significados e nos desejos não apenas por meio de um deles, mas de através de um sistema interligado. Aportamos uma variedade de pressupostos iniciais a qualquer problema de tradução, mas o nosso pressuposto geral é o de dar um sentido geral ao que o falante está fazendo, assim como ao que está dizendo. Isto é, nós não traduzimos apenas sentença por sentença, mas olhamos para todo o comportamento como uma tentativa de suposição, pelo menos, de que o falante seja racional. Por isso, se estou dando uma palestra e bebo deste copo, e se vocês supõem que eu seja racional, podem supor também que eu não beberia tanto se achasse que isso fosse vodca. Vocês estão confiando em um tipo de evidência, assim como em milhares de outras suposições sobre mim, afim de traduzir a minha afirmação de que "isto é um copo d'água". Podemos dizer que qualquer tradução em particular é apenas a ponta do iceberg, porque debaixo da superfície estão milhares de outras suposições que contribuem para dar sentido ao comportamento do falante como um todo.

Trago a vocês esse problema da filosofia da linguagem porque quero afirmar que existem certas ocasiões de interpretação pessoal nas quais nosso objetivo, nossa ambição, não é apenas desse tipo. De maneira geral, tentamos dar e damos o melhor sentido que podemos ao comportamento de alguém, a fim de que possamos prever e encaixar nossas vidas com a daquela pessoa. Mas algumas vezes acrescentamos outros requisitos. Consideremos, por exemplo, um outro momento interpretativo que mencionei anteriormente: a psicanálise.

De acordo com alguns estudiosos da psicanálise, o analista, ao interpretar os sonhos do paciente ou as piadas que ele conta ou os seus lapsos linguísticos, não está apenas tentando encontrar uma interpretação que ajude a explicar o comportamento do paciente de um jeito comum. De acordo com essa visão, o médico tem um propósito ligeiramente diferente: descobrir uma explicação que transforme o comportamento do paciente - não que o explique simplesmente, mas que o transforme por meio da elaboração de uma explicação que o paciente internalizará, de modo a ser ajudado a caminhar em direção à cura. Esse é um propósito especial, nessa visão, o que justifica que possamos dizer que a finalidade ou objetivo da interpretação psicanalítica dos sonhos ou das piadas é diferente da finalidade ou do objetivo da interpretação da conversação - de ouvintes buscando interpretar uma palestra sobre Teoria Geral do Direito, por exemplo. Sendo assim, um crítico jurista e um psicanalista de quem eu fosse paciente chegariam a conclusões diferentes sobre as minhas intenções ao contar determinada piada nesta palestra .

Até agora, já lhes dei três exemplos: um tirado do Direito, outro da crítica literária e outro da diferença entre a interpretação psicanalítica e a interpretação da conversação. Esses diferentes exemplos têm por objetivo apenas ilustrar a teoria geral (e, espero , sugerir o seu poder) segundo a qual precisamos entender que a interpretação vinculada à prática é regida pelo sentido de propósito ou finalidade que se atribui a essa prática, ou que a interpretação vinculada à prática é sensível ao sentido da finalidade a essa prática atribuído, ao telas dessa prática.

Vamos, finalmente, voltar ao começo. Vocês vão se lembrar de que mencionei uma variedade de críticas ao estudo interpretativo da Teoria Geral do Direito que resumi. A primeira era esta: "Você diz que a interpretação jurídica tem por objetivo fazer o melhor da estória até aquele ponto, fazer o melhor da memória jurídica da comunidade, enquanto nós dizemos que interpretação significa relato acurado, e não relato mais ou menos preciso". Minha resposta é, "a interpretação é, em princípio, teleológica, finalística, e, consequentemente, em princípio, uma tentativa de se fazer o melhor do objeto da interpretação". Mas essa afirmativa é facilmente mal entendida e eis o motivo pelo qual incluí a segunda crítica que mencionei. A segunda crítica -como vocês devem estar lembrados - argumenta que o método interpretativo é um modo de tornar cor-de-rosa as coisas, um modo de fazê-las parecer melhor do que efetivamente o são. Vocês interpretariam o Holocausto dessa maneira? Mas a interpretação construtivista objetiva fazer o melhor do seu objeto apenas no sentido especial que descrevi. Ela objetiva fazer utilizar da melhor forma esses dados, tendo em vista o propósito ou a finalidade do empreendimento geral para o qual a ocasião da interpretação se apresenta. Por isso, consideremos o caso do holocausto promovido por Hitler. Esse é um caso de interpretação histórica é bastante similar ao que descrevi como a finalidade normal da interpretação da conversação como a finalidade normal da interpretação da conversação, isto é, fornecer uma descrição do que aconteceu que torne seu sentido o mais coerente e completo possível. Não podemos ser totalmente bem-sucedidos ao explicarmos o Holocausto como o comportamento de pessoas racionais. Mas, ainda assim, a interpretação ou a interpretação histórica exigem que façamos o melhor que pudermos. E isso significa que precisamos atribuir aos monstros que estavam no comando, por ocasião do fato histórico, motivos que dêem sentido ao que eles fizeram. Uma vez que fizermos isso, é claro, então, que estaremos fazendo o melhor que podemos, dando o propósito a esse tipo de interpretação.

Fazer o melhor que pudermos, no entanto, significa mostrá-los como eles eram, e isso significa mostrá-los como bestas.
O Direito é diferente. Por quê? Porque o objetivo da prática jurídica não tem o propósito explanatório que anima a interpretação histórica. Os juristas estão tentando dar em seu relato sobre o que aconteceu a melhor explicação possível, especificamente acerca do comportamento das pessoas. E por um só motivo: o Direito que interpretamos não é o fazer de nenhum grupo determinado de pessoas. É o fazer de toda uma sociedade ou civilização num longo período de tempo, por séculos até. Então, fazer o melhor de nossa tradição jurídica significa algo muito diferente de fazer o melhor da interpretação histórica. Significa, acredito eu, fazer o Direito tão justo quanto possamos. Isso é o que significa acuidade em interpretação jurídica.

Eu disse que nós temos por objetivo fazer do objeto da interpretação o melhor que ele puder ser. Mas isso é apenas um mote, um slogan, que resume o estudo mais longo que acabei de apresentar. Significa fazer o melhor dele, tendo em vista aquilo que acreditamos ser a visão correta da finalidade desse empreendimento em questão. É claro que, como eu disse, os advogados discordarão a respeito do que significa, em detalhes, fazer do Direito, torná-lo, o mais justo possível. A própria visão de vocês se refletirá sobre sua visão mais concreta acerca do propósito, da finalidade, do Direito, e também sobre o que é justiça. Então, para retomar o que disse antes, se vocês acham que a finalidade do Direito é a certeza, então vocês fazem o melhor do Direito fazendo dele, tomando-o, o mais certo possível. Se vocês pensam, como eu, que a finalidade do Direito é fazer do nosso governo um governo de princípios, então vocês acharão que fazer o melhor do Direito é assegurar a ele um caráter mais substantivo. Isso significa fazer o melhor do ponto de vista da integridade do Direito, torná-lo o mais íntegro possível.

Agora, quase encerrando, eu tomo em análise a terceira das críticas. Essa é, de certo modo, a mais poderosa das três porque, acredito eu, parecerá correta para muitos de vocês. Ela alega que a interpretação, tal como eu a expliquei, é subjetiva, de tal sorte que, uma vez que concordemos que a questão de direito é uma questão de interpretação, não faria sentido dizer, como eu digo, que existe apenas uma resposta melhor, mesmo nos casos difíceis e controversos como os casos Riggs versus Palmer e o da Buick. A interpretação depende muito de como as coisas parecem a um único intérprete, que supõe existir uma resposta melhor para as questões interpretativas colocadas nesses casos, vistas de seu ponto de vista específico. Essa objeção é profunda e acredito que vocês vão ficar felizes em saber que não pretendo explorá-la em detalhes esta tarde. Mas quero fazer algumas observações a seu respeito, que acredito serem pertinentes.

De início, uma vez que tenhamos entendido o âmbito completo da interpretação, o âmbito completo das atividades que têm um caráter interpretativo, que temos buscado descrever ou delimitar, veremos, então, que existem alguns cenários, departamentos ou searas da interpretação onde naturalmente supomos que existem respostas corretas. Um exemplo é a interpretação conversacional. A sua compreensão do que eu digo numa língua estrangeira, e até mesmo a sua compreensão do que cada um de vocês diz aos outros em sua própria língua, é uma matéria muito mais complexa do que se pensa. Tal compreensão repousa sobre muitos tipos de pressuposições normativas, incluindo as suposições relativas à racionalidade. E ainda mais, a maioria de nós acredita que, na maior parte do tempo, agimos acertadamente ao fazê-lo. Pois bem, certamente, isso é especial. Ha razões evidentes pelas quais a interpretação da conversação tem essa natureza. Eu menciono apenas essa porque quero negar que exista algo inerente no empreendimento da interpretação que faça dela algo distintivamente subjetivo.

Minha segunda observação é esta: se meu estudo sobre a interpretação em geral estiver correto, ou aproximadamente correio, indagar, portanto, se a interpretação e uma atividade subjetiva ou objetiva depende do caráter das proposições subjacentes relativas ao objetivo à finalidade dessa tarefa. Se estiver certo em afirmar que a interpretação no Direito é sensível à visão que se tem sobre o objetivo do próprio Direito, e que o objetivo do Direito tem algo a ver com Justiça, a incerteza jurídica seria, portanto, uma simples derivação da incerteza moral ou política. Se somos célicos a respeito do Direito se queremos dizer: "Oh, não existe uma resposta correia
para um caso realmente difícil", isso deve ser porque somos célicos em relação à moralidade política. Se pensamos existir uma resposta correia para as questões de Justiça, pensamos, assim, que existem respostas corretas para as questões de direito, mesmo para as mais intrincadas e sobre as quais o professores de Direito e os juizes discordem.

Essa pode parecer uma questão por demais surpreendente para ser formulada, pois uma idéia muito difundida, principalmente entre os estudantes de Direito Norte-Americanos, é a de que a moral é subjetiva, que não existe verdade ou falsidade sobre as questões morais profundas, que são apenas uma questão de opinião. Pretendo falar mais sobre esse assunto em outras conferências desta série e discutir seu impacto no trabalho da Suprema Corte dos Estados Unidos (como, por exemplo, na questão do aborto) no Seminário de Tóquio no Centro Americano. Por ora, no entanto, quero apenas mencionar esse aspecto.

Nunca encontrei nenhum estudante que efetivamente acreditasse no ceticismo moral que os estudantes comumente alardeiam. Não quero com isso dizer que eles sejam hipócritas. Mas acredito que eles frequentemente fracassam quando buscam compreender a contradição inerente à sua posição. Muitas pessoas, que agora tenho em mente, dizem-me que não existe uma única resposta correta para essas questões tão difíceis com as quais a Suprema Corte lida. Eu, então, indago: por que isso? E falo sobre a interpretação, de como ela relaciona Direito, moral e política. E, aí, os alunos me respondem: "Arrá! Bem que nós dissemos. Pois agora você diz que o Direito depende da justiça e todos sabem que a jusüça é apenas subjetiva". Então indago a eles: vocês têm uma opinião formada a respeito do aborto enquanto questão moral? Aí cada um tem uma opinião diferente. Muitos dizem: "O aborto é um crime". A
maioria costuma dizer: " A legislação antiaborto é tirânica".

E eu digo: vocês efetivamente acreditam nessas opiniões? E eles respondem: "Claro que sim, inclusive vou participar de uma passeata esta tarde carregando faixas defendendo essas opiniões". Replico: "Mas vocês disseram que não existe uma resposta correia em matéria política, que esta não passa de uma questão de opinião...". Aí então eles pensam e respondem: " Ah, mas essa é a minha opinião".

Bem, a contradição é evidente, não é mesmo? Com certeza é logicamente possível assumir uma posição absolutamente cética sobre o aborto, ou sobre qualquer outra matéria referente à justiça política ou social. Mas aí é preciso que você desista de sua opinião pessoal. E a maioria das pessoas confrontadas com estas questões vão preferir desistir da filosofia ruim a deixar de sustentar intensamente suas convicções.

Já estou terminando. Não vou aborrecê-los mais com resumos. Quero, no entanto, por ser esta a primeira conferência em Kobe, e como as palestras de Kobe serão dedicadas à Teoria Geral ou Ciência do Direito, fazer uma referência final ao assunto. Tenho enfatizado a contribuição que a filosofia - o estudo filosófico da interpretação, por exemplo - pode dar ao Direito. É minha visão, de fato, que o Direito é em grande parte filosofia. Mas também espero - e isso é imperioso - que essas observações possam sugerir a contribuição que a Teoria Geral ou Ciência do Direito pode dar à filosofia e, além desta, à vida intelectual em geral. Eu disse anteriormente que os filósofos não estudaram o bastante o fenômeno da interpretação.
Acredito que a interpretação é uma matéria muito importante e que, ao se considerar sua natureza em um nível geral, contudo de uma maneira muito mais sofisticada e detalhada do que o fizemos, serão esclarecidos muitos aspectos importantes, como, por exemplo, o do estudo da arte e da literatura. Também acredito que os juristas têm uma grande contribuição a dar para a doutrina geral da interpretação. Na verdade, vou tão longe ao ponto de sugerir que os juristas estariam melhor equipados que os membros dessas outras disciplinas para refletir sobre a natureza e o caráter da interpretação. Mas provavelmente agora vocês vão dizer: "Como é que um professor norte-americano de Teoria Geral do Direito pode acreditar que a sua disciplina seja o centro do universo?!". Por isso, acho melhor parar por aqui. Obrigado!

(Tradução: Raíssa R. Mendes - Revisão: Menelick de Carvalho Netto)

Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997