

Força e Performatividade: Stanley Fish e a Prática do Direito

Force and Performativity: Stanley Fish and the Practice of Law

*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*¹

RESUMO

O presente artigo pretende abordar a maneira como Stanley Fish confronta os posicionamentos de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin acerca da interpretação jurídica trazendo à tona a sua leitura particular da performatividade no direito. Nas primeiras seções o trabalho contempla a maneira como Hart concebe a força coercitiva do direito, a sua relação com as regras e de que forma a interpretação surge como um problema significativo. Na última seção, o artigo se volta para a posição de Dworkin, ressaltando a dimensão coletiva das práticas interpretativas. No confronto com as duas posições, a abordagem de Fish reitera a importância das regras subjacentes às comunidades interpretativas e de que maneira elas atuam delimitando e validando a atuação do intérprete.

PALAVRAS-CHAVE:

Decisão judicial; Stanley Fish; Interpretação jurídica; Performativo.

ABSTRACT

This article intends to show how Stanley Fish approaches H. L. A. Hart and Ronald Dworkin conceptions on legal interpretation through a peculiar appropriation of the performatives within the legal domain. In its first sections this article tries to clarify how Hart conceives law's coercitive force, its relation to legal rules and how legal interpretation could be a relevant problem. In its last section, the article approaches Dworkin's position, pointing out the collective dimension of its conception of legal interpretation. In its critique of Hart and Dworkin's theories, Fish reaffirms the relevance of rules that are embodied within interpretative communities and how those rules could establish measures of validation and limits to the interpreter's discretion.

KEYWORDS:

Legal adjudication; Stanley Fish; legal interpretation; performative.

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), Professor de graduação do curso de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR) e atualmente também professor substituto da Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Endereço: Av. Dr. Malaquias, 255 - Graças, Recife - PE, 52050-060. Telefone p/ Contato: (81) 98789-4588. E-mail p/contato: leonardoalmeida326@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A filosofia da linguagem ordinária tem sido discutida de diferentes maneiras nos debates referentes à teoria do direito, interpretação e decisão judicial. Alguns desses debates se orientam para uma problematização abrangente da linguagem jurídica concebida em termos de representação de uma realidade que lhe é exterior. Nesta direção, os conceitos formulados pelo teórico tendem a representar aspectos constitutivos de uma certa estrutura de normas chamada direito positivo. A teoria se converte em um processo de autoconsciência no qual o teórico traz para o primeiro plano aspectos profundos e constitutivos da própria prática do direito, e não raro os confronta, suscitando questões e desenvolvendo problemas que podem tanto fazer sentido em meio ao cotidiano forense, como permanecer ainda confinado no domínio especulativo da atividade teórica.

Stanley Fish tem sido um dos autores que durante muitos anos tem confrontado certos entendimentos muito bem estabelecidos em torno das práticas interpretativas e argumentativas no direito. A partir de uma abordagem muito particular da desconstrução de Jacques Derrida e da filosofia dos atos de fala de J. L. Austin, apenas para mencionar duas referências correntes em seu trabalho, Fish questiona tanto a perspectiva de H. L. A. Hart em torno das regras jurídicas, quanto aquela de Ronald Dworkin em torno da dimensão coletiva das práticas interpretativas presentes na decisão judicial, o que o autor aponta com o conceito de romance em cadeia (*chain novel*).

O propósito deste trabalho reside em examinar a maneira pela qual Fish concebe a noção de força no contexto de sua abordagem peculiar da pragmática de J. L. Austin. Por meio dessa abordagem, Fish confronta certas descrições da prática jurídica presentes – ou indiretamente influenciadas – difundidas no panorama da jurisprudência analítica. Este artigo propõe uma reconsideração das práticas interpretativas através das noções de força e de comunidade de intérpretes trazidas por Stanley Fish e, indiretamente, presente em certos escritos de Jacques Derrida.

O artigo é desenvolvido a partir da seguinte estrutura: primeiro, será realizada uma breve explanação da problemática da força a partir do confronto que Stanley Fish estabelece com a posição de H. L. A. Hart em *The Concept of Law*; segundo, abordar de que maneira o autor, especialmente nos artigos que compõem a sua obra, *Doing What Comes Naturally*, confronta

as posições de H. L. A Hart e de Ronald Dworkin no que se refere à decisão judicial e as práticas que lhe são correlatas, como a interpretação das fontes formais do direito; na terceira e última seção, discute-se algumas das consequências teóricas para uma reflexão em torno da prática jurídica a partir da perspectiva adotada por Fish, especialmente no tocante à interpretação e à argumentação jurídicas.

O artigo adotou como metodologia uma revisão de literatura centrada nos artigos presentes em *Doing What Comes Naturally*, com ênfase nas suas críticas a alguns célebres representantes da jurisprudência analítica, como Hart e Dworkin, e na maneira como ele apresenta a sua compreensão performativa e retórica das práticas argumentativas e interpretativas dos atores jurídicos.

A FORÇA NAS DECISÕES INTERPRETATIVAS: UM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA DE H.L.A. HART

No clássico *The Concept of Law*, H. L. A Hart observa confronto o posicionamento de John Austin, então muito difundido, de que um dos principais aspectos do direito e, mais especificamente da própria norma jurídica, reside em que se trata de uma ordem acompanhada por ameaças, constringendo assim o destinatário a acatar a sua imposição (HART, 1994, p. 20-21; AUSTIN, 1998, p. 1-2). Trata-se de uma tendência histórica muito antiga do positivismo jurídico no qual a sanção jurídica se sobressai como aspecto preponderante da ordem jurídica (AUSTIN, 1998; BIX, 1999, p. 170 e ss). Essa é uma das razões pelas quais uma teoria sobre a autoridade é tão importante para essa perspectiva: tanto a criação do direito, quanto a faculdade de fazer com que os destinatários das normas cumpram com o que fora demandado, passa por uma compreensão, por vezes bem específica, do que seria a autoridade, as suas propriedades e os seus limites (BIX, 1999, p. 171 e ss; RAZ, 2009, p. 3 e ss; RAZ, 2010, p. 126 e ss).

Iniciar uma análise do conceito de força no âmbito da teoria do direito através da sanção jurídica, portanto, é um itinerário razoável para salientar a sua relação com o conceito de autoridade, e é este também o desenvolvimento analítico adotado por Fish, em seu artigo *Force*,

quando inicia a exposição com a crítica de Hart a Austin (FISH, 1988, p. 883 e ss). Se a sanção negativa é o traço característico da normatividade jurídica, observa Hart, então as ordens emanadas pelas autoridades jurídicas não são muito diferentes daquelas de um atirador que, através de ameaças, exige os pertences de sua vítima (HART, 1994, p. 20 e ss). Em ambos os casos, existem ordens enunciadas por meio de ameaças explícitas.

É importante para o teórico inglês introduzir o personagem conceitual do atirador para que, deste modo, ele consiga esclarecer o que seria o mais próprio na dinâmica normatividade do direito (HART, 1994, p. 19). A prevalência temporária, de curta duração, da vontade de um agente sobre o outro, como ocorre na hipótese do atirador, é normalmente caracterizada como crime em diferentes ordenamentos, ou seja, o extremo oposto do que normalmente se encontra relacionado ao cumprimento das normas jurídicas (HART, 1994, pp. 22-23).

Diferente do que ocorre com o atirador, o direito é, seguindo Hart, um conjunto de normas gerais, abstratas, que confere a todos um igual tratamento: é muito mais uma referência de conduta adotada pelos diferentes indivíduos ao alinhar os seus diferentes cursos de ação com as expectativas sociais em torno do que seria o comportamento adequado e esperado (HART, 1994, p. 21). É claro que Hart, como um positivista, não elimina completamente a sanção porque uma referência de conduta, como uma norma, traz consigo, explicitamente ou implicitamente, também noções de desvio e de inapropriado, estabelecendo formas de constrangimento.

Este constrangimento, porém, tem uma raiz distinta daquele que se faz presente nas ameaças do atirador. Retomando o que fora apontado no primeiro parágrafo desta seção, a força emanada pelo constrangimento associado à norma jurídica está ancorada em uma autoridade reconhecida e diversa daquela do agente que a emite; o atirador, ao contrário, coloca-se como a própria fonte de autoridade (HART, 1994, p. 24 e ss). Como Fish bem observa, Hart introduz uma certa espacialidade em sua caracterização do *Rule of Law*: há uma ampla distância entre a fonte de autoridade da norma e o momento do seu cumprimento, o que é o oposto da hipótese do atirador (HART, 1994, p. 24 e ss). De certa maneira, pode-se depreender que o cerne da ideia de Estado de Direito (*Rule of Law*) reside em um complexo de regras que atribuem competências para se produzir, aplicar e se fazer cumprir as normas jurídicas (HART, 1994, p. 79 e ss).

A regra, neste panorama, não estabelece uma conduta imediata, como assim procede o atirador, mas uma série de procedimentos que investem de autoridade certas pessoas para que, desta maneira, possam realizar certos atos (HART, 1994, p. 80 e ss). Em meio a essa cadeia de atos e atribuição de competências, é como se a força da sanção jurídica, a sua violência, fosse cada vez mais mitigada e dissolvida na dinâmica de atribuição de competências, mas algumas indagações podem surgir neste momento. A principal delas é abordada por Hart na mencionada obra em termos de limites da interpretação jurídica (HART, 1994, p. 124 e ss).

Nesta temática o que o teórico inglês pretende explorar é a separação entre a criação e interpretação da norma, característica necessária do ideal de *Rule of Law* (HART, 1994, p. 100 e ss). A distinção entre ambas as atividades reflete não só uma divisão de competências estabelecida a partir da funcionalidade de diferentes poderes e atores jurídicos – legisladores, juízes, a população em geral -, como também preserva uma certa continuidade semântica da norma: o sentido da norma, tal como estabelecido pelo legislador, necessita ser preservado em meio às diferentes formas de emprego pelos atores jurídicos (HART, 1994, p. 62 e ss). Preservar a distinção entre interpretação e criação é, por fim, relevante para a utilização das normas jurídicas como parte fundamental, senão a mais importante, das decisões judiciais: enquanto disposições gerais, as normas jurídicas, ao menos em tese, possibilitariam tratamento semelhante entre casos que trazem problemas próximos, o que expressa a generalidade subjacente ao *Rule of Law*, além de evitar as lacunas no ordenamento jurídico (ENDICOTT, 1997, p. 43; RAZ, 2010, p. 203 e ss).

A soma dessas considerações reflete uma compreensão de decisão judicial em termos de uma estrutura racional marcadamente avessa ao tipo de arbitrariedade trazida por Hart no cenário do atirador. O colapso da distinção criação/interpretação, que o teórico inglês já problematizara e que será também uma questão corrente nos debates referentes à teoria do direito e à hermenêutica jurídica, aproxima o *Rule of Law* do arbitrário e do circunstancial. Fish observa:

Se é a função do Direito proteger os indivíduos de uma coerção arbitrária, imprevisível e aleatória, então o indivíduo não está menos em risco quando ele está dependendo da interpretação de uma corte interpretativa do que quando ele está diante de um assaltante armado. Em ambos os casos ele está exposto a um agente que absorveu a

autoridade e se encontra em uma circunstância acidental na qual ele pode vir a se safar (FISH, 1988, p. 885)².

Em *The Concept of Law*, Hart reitera a necessidade de uma fundamentação normativa para uma autoridade impessoal do direito para que as pretensões de igualdade e generalidade sejam mantidas, a regulação da força é incontornável (HART, 1994, p. 21 e ss). As ameaças do atirador e as práticas interpretativas, diferentes como podem ser as suas expressões, refletem duas dinâmicas da força no âmbito performativo dos contextos sociais e jurídicos: a ameaça do atirador é a força situada para além dos limites enquanto a prática interpretativa está enraizada na dinâmica institucional do sistema jurídico. O termo institucional, a ser frequentemente empregado a partir deste momento, reflete tão somente o enraizamento de normas e procedimentos em espaços específicos de práticas, ou seja, é utilizado de maneira abrangente e sem maiores pretensões analíticas que a de mostrar a incorporação das normas como referências de ação e de validação de condutas.

No âmbito da interpretação judicial, este controle requer uma compreensão da linguagem na qual se possa determinar um suposto significado objetivo e persistente da normatividade jurídica. É conhecida a exposição de Hart acerca da textura aberta do direito (*Open Texture of Law*), centrada na distinção entre núcleo e zona de penumbra, ou seja, entre os significados estabelecidos da norma, marcados por um amplo grau de consenso e aceitação em meio ao contexto jurídico institucional, e aqueles caracterizados por uma margem de discricionariedade dos intérpretes (ENDICOTT, 1997, p. 39-40; FISH, 1988, p. 887). Nesta última hipótese, as decisões interpretativas podem estar envolvidas por controvérsias decorrentes de posições conflitantes entre juristas sejam eles teóricos ou praticantes.

É dessa amplitude que surgirem as principais divergências referentes à aplicabilidade das categorias jurídicas ou mesmo da presença – ou não – de certa causa de pedir (ENDICOTT, 1997, p. 40 e ss). Seria a bicicleta motorizada, por exemplo, um veículo automotor tal como um automóvel e, portanto, passível de ser tributada? A presença dessas divergências, porém, estaria confinada a casos limites, deste modo assegurando o direito como barreira de proteção entre a

² No original: “If it is the business of law to protect the individual from coercion that is random, unpredictable, and arbitrary, then the individual is no less at risk when he is at the mercy of an interpreting court than when he is at the mercy of an armed assailant. In both cases he is nakedly exposed to an agent who has seized authority and is in the accidental circumstance of being able to get away with it”.

violência irrestrita e a integridade dos cidadãos, como Hart tanto o repete (ENDICOTT, 1997, p. 39-40).

Para Stanley Fish, porém, este esquema é marcado por uma série de problemas em torno da relação força, arbitrariedade e interpretação (FISH, 1988, p. 885). De início, cabe salientar os problemas referentes a uma exigência de regras suplementares para fins de uma elucidação do sentido oculto do texto. Se as chamadas regras primárias, aquelas que, no esquema conceitual de Hart, atingem diretamente a conduta individual, apresentam divergências interpretativas uma vez que o seu núcleo de sentido é atravessado por controvérsias, regras suplementares precisam existir para que exista um controle sobre o impasse interpretativo (FISH, 1988, p. 884). A solução apontada por Hart, conforme a leitura que dele faz Fish, reside em recorrer às chamadas regras de reconhecimento, um tipo diferente de regra e que, a rigor, viria a estabelecer constrangimentos à interpretação e, deste modo, também a arbitrariedade na prática judicial (FISH, 1988, p. 884 e ss).

O emprego das regras de reconhecimento, regras estas profundamente ancoradas nas diferentes práticas coletivas da comunidade, é um dispositivo empregado por Hart para evitar uma identificação entre o direito vigente com aquilo que os tribunais decidem, afastando-se assim de certo realismo jurídico oriundo dos Estados Unidos (HART, 1994, p. 100 e ss). Como as regras de reconhecimento contemplariam cânones interpretativos e práticas historicamente consolidadas, as práticas interpretativas estariam limitadas, mesmo em circunstâncias marcadas pela indeterminação da linguagem (HART, 1994, p. 148 e ss). A força, enfim, estaria domesticada.

Fish percebe nessa estratégia um problema de recursividade: as regras de reconhecimento, que deveriam impor constrangimentos à prática interpretativa, acabam elas mesmas sendo consequências dessa prática. Os cânones interpretativos e as orientações gerais historicamente consolidadas, uma vez trazidas à tona pelos tribunais e demais atores jurídicos, são interpretadas à luz de outros contextos, casos e problemas, o que leva à geração de novas regras.

A questão é trazida pelo próprio Hart quando ele observa que os “cânones de interpretação – direções verbais designada para restringir a abrangência interpretativa – “fazem uso de termos gerais que eles mesmos requerem interpretação” – não vai remediar, mas amplia a dificuldade. Não importa quantos ou quais os tipos de regras sejam promulgados, a abrangência da interpretação não teria sido minimamente

diminuído; para cada nova tentativa de controlá-la vai ser ter mais uma ocasião para o seu exercício (FISH, 1988, p. 891)³.

As tentativas de Hart em estabelecer limitações normativas para as práticas interpretativas com o propósito de conter uma força arbitrária e imprevisível na decisão judicial, terminam marcadas por uma circularidade que impedem a realização do propósito inicialmente estabelecido. O resgate de uma regra antiga em um novo contexto exige, por sua vez, uma nova decisão interpretativa que transforma a regra passada em meio a uma apreciação dos problemas do presente.

É este o cerne da linha de argumentação de Fish: as regras e constrangimentos normativos que visam a conter a expressão de uma força arbitrária em meio às decisões interpretativas jamais podem representar um conjunto de critérios objetivos os quais isentam os atores das decisões interpretativas (FISH, 1988, p. 885 e ss). Ao contrário da direção apontada por Hart, o conjunto de critério é ele mesmo fruto dessas decisões.

É neste ponto em que também pode ser identificada a preocupação de Fish com a performatividade da linguagem jurídica e de que maneira os atos jurídicos, sejam eles interpretativos ou argumentativos, são validados, reconhecidos ou desconsiderados em meio aos diferentes contextos nos quais se encontram inseridos. É sobre este ponto que a próxima seção vai desenvolver.

A PERFORMATIVIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICA E A INDETERMINAÇÃO DOS CONTEXTOS

Em seu artigo *With the Compliments of the Author*, Fish suscita algumas reflexões em torno da ideia de performativo em J. L. Austin e Jacques Derrida. Aqueles que estudam o tema sabem que a associação é um tanto quanto previsível: em seu clássico artigo "Assinatura

³ No original: "The point is one Hart makes himself when he observes that "canons of interpretations" - verbal directions designed to restrict interpretation's scope - "make use of general terms which themselves require interpretation" - will not remedy but merely extend the difficulty. No matter how many or what kinds of rules one promulgates, the scope of interpretation will not have been the least whit diminished; for each new attempt to control it will be the occasion for its exercise".

Acontecimento Contexto”, Derrida desenvolve a sua abordagem peculiar dos performativos, não só influente, como também bastante controvertida entre aqueles que, como John Searle, também se propuseram a desenvolver o tema (MAOTI, 2014, p. 1 e ss; DERRIDA, 1988, p. 2 e ss). Não cabe nos limites deste artigo uma apresentação mais cuidadosa da teoria dos atos de fala, incluindo uma análise de sua tipologia: o recorte reside na maneira específica pela qual Fish vai se apropriar da abordagem de Derrida, trazendo-a para o âmbito da teoria do direito.

Pode-se dizer que o contexto funcional estabelecido pelas regras secundárias, em princípio, acabaria por autorizar ou desautorizar as diferentes maneiras pelas quais os atores jurídicos operacionalizam a legislação vigente. Esse nível de operacionalidade, porém, exigiria que os contextos preencham diferentes condições que os tornariam suficientemente determinados para autorizar/desautorizar a produção de efeitos de determinados atos, algo que, no tocante aos performativos, Derrida já colocara em questão (DERRIDA, 1988, p. 3 e ss)

A produção de efeitos adequados ou inadequados de uma decisão interpretativa pode, então, ser mensurada contra as expectativas institucionalmente enraizadas pelos cânones interpretativos e outros elementos que informam esse contexto implícito à apreciação judicial dos casos – e que encontra certo paralelo com a maneira de J. L. Austin abordar os efeitos dos performativos (AUSTIN, 1975, p. 12 e ss). A descrição que Hart faz em sua obra principal, inequivocamente uma teoria geral do direito, é pragmática: sua preocupação recai em como os atores jurídicos recorrem a regras, divergem sobre elas, e como a relação entre diferentes tipos de regras concorrem para a formação de uma estrutura na qual a força arbitrária, aquela representada pelo personagem do atirador, não teria vez.

Em sua leitura de Derrida, Fish mais uma vez traz elementos que confronta a ideia de que a linguagem haveria de ter um núcleo estável de sentido que deslocaria as controvérsias e desentendimentos para os casos limites, caracterizados por uma ampla abrangência semântica. A dinâmica peculiar dos atos performativos, seguindo as reflexões de Derrida, coloca em questão não tanto o conteúdo semântico dos enunciados, mas as condições subjacentes à produção dos seus efeitos (DERRIDA, 1988, p. 2-3). A tentativa de controlar – e, sendo cogitado, institucionalizar – as práticas interpretativas no contexto jurídico como forma de limitar a atuação do intérprete, tende a desconsiderar as diversas incertezas e instabilidades que cercam as decisões interpretativas. Fish observa:

Por “possibilidade geral” Derrida aponta para a possibilidade de que a linguagem possa ser vítima da interpretação ao invés de estar fundada em um centro originário e restritivo; a interpretação, com todos os seus acasos e incertezas, é a fonte da infelicidade; é o seu “risco”; Na visão clássica e tradicional, o risco da interpretação somente ocorre quando as condições de comunicação são caracterizadas pela distância e obscuridade; a comunicação básica e cotidiana ocorre em um espaço fundado em uma segurança contínua e permanente, onde os sentidos não se perdem (FISH, 1989a, p. 45)⁴.

O tipo de indeterminação mencionada por Derrida e Fish se manifesta de maneira um tanto quanto diferente daquelas examinadas por Kelsen e Hart em suas respectivas obras: a preocupação de Fish não recai especificamente na estrutura sintático-semântica da norma, na ambiguidade dos seus termos constitutivos e/ou nas eventuais dificuldades que isso possa causar em termos de se estabelecer tendências convergentes para as decisões judiciais, o que pode ser percebido com certa nitidez quando Hart discorre sobre a textura aberta (HART, 1994, pp. 125-126). O que interessa a Fish é precisamente o pano de fundo das práticas que, de certo modo, não eram examinadas nas antigas teorias gerais do direito, mas que compõem o arcabouço institucional que envolve a decisão judicial. Não raro, determinados conceitos gerais são mobilizados por essas práticas com o propósito de conferir um fundamento normativo para que as decisões produzam efeitos específicos. A validade é um desses conceitos (HIMMA, 2001, p. 271 e ss).

Muito embora inexista uma equivalência direta entre os critérios com os quais se avaliar os efeitos decorrentes dos atos performativos e a validade tal como concebida a partir de teorias gerais do direito com aquelas de Kelsen e Hart, já que ambos os critérios operam a partir de referências distintos, exista, porém, um vínculo hipotético que é importante chamar atenção (KELSEN, 2002, p. 63 e ss; HART, 1994, p. 103 e ss). Se uma norma jurídica tem estabelecida a sua validade mediante as condições de sua produção (a criação por uma autoridade legalmente investida para tanto ou a tese do *pedigree*, recorrente nos trabalhos dos positivistas analíticos), sendo assim, mais do que uma propriedade estritamente formal, a validade se expressa também através da rede de competências disposta pelo ordenamento jurídico, sendo, ao menos neste ponto, de pouca importância se a mesma ocorre por meio de um ordenamento jurídico

⁴ No original: “By “general possibility” Derrida means the possibility that language may fall prey to interpretation rather than being anchored to an originating and constraining center; interpretation, with all its hazards and uncertainties, is the source of the infelicity; it is the “risk”. In the traditional or classical view the risk of interpretation is only incurred when the conditions of communication are characterized by distance and etiolation; ordinary or basic communication takes place in a space of grounded or tethered security where meanings cannot go astray”.

escalonado ou via regras de reconhecimento (KELSEN, 2002, p. 56 e ss; HIMMA, 2001, p. 273 e ss).

A validade é uma propriedade que, para além das relações formais que possam existir entre a norma e o ordenamento no qual se encontra e através do qual fora produzida, possibilita a produção de efeitos, ou consequências que se alastram pelo espaço institucional, já que a norma fora reconhecida como adequada na medida em que preenche os requisitos, tanto estritamente normativos quanto institucionais, que lhe permite ser aceitável pelos atores jurídicos presentes no espaço institucional (KELSEN, 2002, p. 63 e ss; HART, 1994, p. 100 e ss). Uma decisão proferida por um leigo disfarçado de juiz pode ser tecnicamente impecável, mas seu autor carece das competências institucionais que permitiriam que o ato, enquanto decisão, operasse as transformações – ou a falta delas – a partir do que fora escrito pelo pretense magistrado: a determinação da validade é também uma questão contextual e, por isso mesmo, dependente da maneira como as práticas se organizam a partir de certo contexto.

Também o conceito de validade traz consigo questões associadas com as práticas interpretativas apontadas acima: a validade de uma norma, ainda que vinculada a um *pedigree* ou cadeia de competências, precisa ser auferida por juízes e tribunais em face de sua relação com as demais normas do ordenamento, o que inclui também a jurisprudência e as decisões judiciais notórias, por essa razão também constitutivas de uma cultura jurídica em particular (GUIBOURG, 1994, p. 431). A determinação da validade de uma norma implica no seu reconhecimento como elemento constitutivo do ordenamento em que se encontra inserida. Albert Calsamiglia resume essa questão ao escrever:

A ordem do soberano em Austin, a norma fundamental de Kelsen ou a regra de reconhecimento em Hart são os *critérios absolutos* aos quais nós devemos recorrer para identificar a validade de uma norma jurídica positiva e a sua inserção em um ordenamento jurídico determinado. Se desejarmos saber se uma norma integra um determinado sistema jurídico positivo devemos averiguar se ela se deduz – direta ou indiretamente mediante um processo de delegação – de um critério absoluto. O conceito de *norma chave* permite identificar as normas válidas mediante um teste de origem (CALSAMIGLIA, 1985, p. 161)⁵.

⁵ No original: “El mandato del soberano de Austin, la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart son los *critérios superemos* a los que nos debemos referir para identificar la validez de una norma jurídica positiva y su pertenencia a un sistema jurídico positivo determinado. Si queremos saber se una norma pertenece a un sistema jurídico positivo determinado debemos averiguar si se deduce - directa o indirectamente mediante un proceso de delegación - del criterio supremo. El concepto de *norma clave* permite identificar las normas válidas mediante un test de origen”.

Esta incursão pela validade não tem a pretensão de propor uma redefinição do conceito ou trazer à tona uma abordagem exótica, peculiar: trata-se apenas de reiterar a maneira como os performativos implicitamente se fazem presentes na forma como os teóricos pensam relações conceituais como aquela entre norma, ordenamento e decisão, ou quando condicionam, ainda que parcialmente, as condições de aceitabilidade da própria norma. Sem essa dimensão performativa dos atos institucionais, os efeitos de vinculação da norma, a maneira como elas moldam comportamentos, limitam ou expandem opções, conferindo a proposições linguísticas uma realidade material e decisiva, não poderia sequer ser adequadamente teorizado.

A relação entre texto/contexto, para além de sua problematização mais recente entre teóricos como o próprio Fish, é incontornável quando se trata de compreender as diferentes formas de produção de efeitos que emergem da operacionalização das normas jurídicas, o que pode ser remetido a uma apreciação mais abrangente acerca do funcionamento dos performativos (AUSTIN, 1975, p. 53 e ss). Em síntese, uma norma faz algo – ou deixa de fazê-lo – na extensão do que as diferentes condições e pressuposições do contexto institucional tende a autorizar.

Por essas razões as questões relacionadas à interpretação do direito, com seus desdobramentos mais pontuais em torno tanto do ativismo judicial quanto da judicialização da política, carregam consigo uma certa urgência em torno dos limites e da organização do contexto jurídico institucional: como diferenciar aplicação de criação, magistrado e legislador? Até onde a justificativa de uma decisão por meio da norma se encontra nos limites da normatividade jurídica? Essas questões, hoje corriqueiras, trazem à tona não mais a indeterminação subjacente às fontes formais do direito, e sim as condições necessárias por meio das quais as interpretações e decisões judiciais são reconhecidas como tais pelos diferentes atores do direito.

Quando Derrida, repensando a teoria dos atos de fala de J. L. Austin, ressalta a instabilidade dos contextos no tocante à produção dos efeitos dos atos performativos, ou seja, se os efeitos são o que se esperam ou não o são, ele adentra em um território de reflexão sobre os limites e constrangimentos impostos pelos diferentes espaços institucionais na demarcação das práticas consideradas válidas das outras que não o são. Os textos que compõem *Limited Inc* sinalizam para essa direção, que é também comum a Stanley Fish, J. Hillis Miller, Samuel

Webster, Pierre Bourdieu, Judith Butler e outros que ingressaram pelos estudos dos performativos. Como o próprio Fish bem observa nos artigos que compõem *Doing What Comes Naturally*, essas são questões que dizem respeito também a própria prática do direito, da leitura e da teorização que os envolve.

Hart e Kelsen, de diferentes maneiras, tentaram pensar os limites da interpretação, no contexto da decisão judicial, ainda apegados a uma certa concepção de linguagem um tanto quanto restrita a elementos sintático-semânticos, mesmo que reconheçam – e enfatizem – o papel das autoridades na criação do sentido dessas normas na decisão judicial (KELSEN, 2002, p. 78 e ss; HART, 1994, p. 124 e ss; ENDICOTT, 1997, p. 42 e ss). Estaria um tanto quanto ausente, porém, uma teoria da decisão judicial na qual as diferentes práticas individuais concorressem para a construção de um empreendimento coletivo dotado de coerência, ainda que cindido por divergências. É essa compreensão mais coletiva e abrangente das decisões judiciais que pode ser encontrada na teoria de Ronald Dworkin, não só em sua conhecida crítica à discricionariedade judicial tal como Hart a concebe, como na maneira com que ele teoricamente repensa a decisão judicial enquanto narrativa constituída por diferentes decisões individuais (ENDICOTT, 1998, p. 283 e ss)

Ao menos em um primeiro momento, Dworkin teria conseguido pensar os diferentes constrangimentos que envolvem as práticas interpretativas sem, contudo, trazê-los para o campo normativo, a exemplo das normas jurídicas interpretativas presentes na seara tributarista. O seu posicionamento é um dos mais recentes, sofisticados e debatidos não apenas no desenrolar da jurisprudência analítica, como também das discussões mais recentes em torno da hermenêutica jurídica. A última seção deste artigo será dedicada a comentar o seu posicionamento e as diversas restrições de Fish.

A INTERPRETAÇÃO COMO NARRATIVA E PRÁTICA INSTITUCIONAL COLETIVA: O ROMANCE EM CADEIA E AS SUAS QUESTÕES

Em seu artigo *Law as Interpretation*, Ronald Dworkin tratou de inserir nas discussões referentes à interpretação e decisão judicial, de início no contexto teórico da jurisprudência analítica, o conceito de romance em cadeia (*chain novel*) que, por sua vez, traz consigo uma compreensão coletiva e abrangente da decisão judicial. É também por meio dele que o teórico entrelaça as duas práticas constitutivas da própria decisão judicial: a argumentação e a interpretação. Ao representar a decisão judicial desta maneira, o autor sublinha tanto o seu caráter retrospectivo quanto prospectivo: os magistrados precisam levar em consideração os julgados anteriores referentes à matéria em questão ao mesmo tempo em que estabelece um posicionamento a ser tomado como referência nas vindouras decisões sobre a matéria, seja para reafirmá-lo, seja para contestá-lo (DWORKIN, 1982, p. 543).

No que se refere à apreciação dos casos controversos, uma abordagem das decisões anteriores tem, para fins hermenêuticos, uma pretensão reconstrutiva: estabelecer o significado que as diferentes decisões individuais quando tomadas coletivamente. Comparando apreciação e decisão dos casos difíceis no direito com o romance em cadeia enquanto exercício literário, Dworkin escreve o seguinte em seu artigo *Law as Interpretation*:

Decidir casos difíceis no direito é semelhante a este estranho exercício literário. A semelhança se torna mais evidente quando os juízes consideram e decidem casos de *common law*; a saber, quando nenhuma lei estatutária aborda precisamente a questão jurídica, e a argumentação recai em quais regras ou princípios do direito seriam “subjacentes” às decisões relacionadas tomadas por outros juízes no passado. Cada juiz, deste modo, é como se fosse um romancista em uma cadeia. Ele ou ela precisa ler o que os outros juízes no passado escreveram não apenas para descobrir o que disseram, ou quais eram os seus entendimentos quando afirmaram isso, mas para chegar a uma opinião acerca do que os juízes coletivamente *fizeram*, de maneira que cada um dos nossos romancistas tenham formado uma opinião acerca do romance coletivamente escrito até então (DWORKIN, 1982, p. 542 e ss)⁶.

⁶ No original: “Deciding hard cases at law is rather like this strange literary exercise. The similarity is most evident when judges consider and decide “common-law” cases; that is, when no statute figures centrally in the legal issue, and the argument turns on which rules or principles of law “underlie” the related decisions of other judges in the past. Each judge is then like a novelist in the chain. He or she must read through what other judges in the past have written not simply to discover what these judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what these judges have collectively *done*, in the way that each of our novelists formed an opinion about the collective novel so far written”.

As decisões judiciais tendem a articular a interpretação das fontes formais do direito positivo, como a legislação, a jurisprudência e a doutrina, com os valores sedimentados que informam práticas sociais mais abrangentes, o que inclui diferentes concepções em torno de liberdade, igualdade, dignidade, cidadania etc. Ao invés de técnicas – ou métodos – interpretativos que incidem sobre a operacionalização de um ou outro dispositivo normativo, Dworkin aponta para uma interpretação holística do ordenamento jurídico que o insere no amplo complexo de ideias, valores e filosofias que amparam a comunidade política na qual o sistema jurídico se encontra fundado. Cabe ao magistrado, considerando as decisões já tomadas e as fontes formais disponíveis, interpretar o direito vigente da melhor maneira que lhe seja possível (VIDAL, 1999, p. 173 e ss).

A interpretação dos dispositivos da Constituição dos Estados Unidos fornece exemplos muito significativos nos quais a presença de diferentes concepções políticas em torno de certos valores é trazida ao primeiro plano, por vezes vindo a borrar a distinção entre interpretação e criação da lei na prática da decisão judicial:

A interpretação da cláusula de igual proteção da Constituição especialmente proporciona exemplos vibrantes. Não existe interpretação útil acerca do que a cláusula significa independentemente de alguma teoria acerca do que seria a igualdade política e até onde a igualdade é exigida pela justiça, e a história da última metade do século do direito constitucional é amplamente uma exploração dessas questões associadas à moralidade política, advogados conservadores argumentaram fortemente (embora não de maneira consistente) a favor do estilo de interpretação calcado na intenção do autor em torno desta cláusula, e acusaram outros, que favoreceram diferentes estilos com resultados mais igualitários, de inventar ao invés de interpretação o direito (DWORKIN, 1982, p. 549)⁷.

Na medida em que Dworkin traz à tona o impacto decisivo das diferentes concepções políticas acerca das escolhas não apenas interpretativas, como também referentes ao próprio entendimento da própria prática interpretativa, percebe-se nitidamente o vínculo operado pelo autor entre a decisão judicial pensada como um ato individual de um ator jurídico em particular (um magistrado) com o arcabouço institucional mais abrangente que exerce uma influência decisiva sobre a sua compreensão da decisão judicial.

⁷ No original: “Interpretation of the equal protection clause of the Constitution provides especially vivid examples. There can be no useful interpretation of what that clause means independent of some theory about what political equality is and how far equality is required by justice, and the history of the last half-century of constitutional law is largely an exploration of exactly these issues of political morality, Conservative lawyers argued steadily (though not consistently) in favor of an author’s intentions style of interpreting this clause, and they accused others, who used a different style with more egalitarian results, of inventing rather than interpreting law”.

Posições e circunstâncias políticas que, a rigor, não se deixam traduzir imediatamente em argumentos jurídicos, a exemplo do feminismo, da Nova Direita, da esquerda liberal, tendem a proporcionar o pano de fundo no qual legislações e decisões são lidas e avaliadas. São, portanto, elementos que ajudam a moldar as práticas argumentativas que tendem a amparar uma determinada interpretação de um dispositivo jurídico com razões que almejam a persuadir o interlocutor de que a interpretação é consistente e devidamente amparada pelo sistema jurídico vigente.

Para as pretensões limitadas deste artigo, porém, o que interessa na abordagem de Dworkin é a maneira pela qual ele vai conceber os constrangimentos interpretativos a partir da dinâmica estabelecida pelo seu conceito de romance em cadeia. Considerando que o autor fora um duro crítico da ideia de discricionariedade judicial do modo que Hart a concebera, é importante esclarecer de que maneira as limitações que incidem sobre o espaço de avaliação do intérprete judicial são concebidas pelo autor (CALSAMIGLIA, 1985, p. 162).

O conceito de romance em cadeia, observa Fish, estabelece uma limitação progressiva das opções interpretativas disponíveis ao intérprete judicial em conformidade com a posição que ele ocupa na narrativa composta pelas diferentes decisões em torno de determinado tema. Uma vez que já existe uma narrativa composta por diferentes decisões em torno da matéria, cabe ao intérprete confrontar esse material trazendo novas razões que amparam a posição adotada. A decisão judicial concebida através do conceito de romance em cadeia se converte em um exercício dialógico no qual o intérprete continuamente precisa reconsiderar o encadeamento de decisões que, aos poucos, traduzem uma apreensão coletiva do judiciário em torno de uma temática que está sendo julgada, interpretando da melhor forma possível o direito disponível (DWORKIN, 1982, p. 542-543).

No panorama da teoria do direito, mais especificamente aquela desenvolvida nos países anglo-saxônicos, essa concepção de interpretação permite a Dworkin evitar os dois extremos subjacentes à interpretação jurídica: nem afirma que o sentido da norma já está estabelecido, cabendo ao magistrado tão somente identificá-lo e associá-lo ao problema apresentado pelo caso concreto, nem que ele estaria está plenamente livre para construir por si só esse sentido (FISH, 1989b, p. 87). Em *The Concept of Law*, porém, Hart já havia trazido à tona os dois

extremos mencionados acima, mas sob os rótulos de formalismo e ceticismo das regras, respectivamente (HART, 1994, p. 147-148).

A prática interpretativa, tal como Dworkin a concebe, todavia, já se encontra bastante distante daquele sentido, mais tradicional, associado ao esclarecimento de passagens obscuras, inconsistentes e/ou cuja operacionalização, no cotidiano forense dos juristas, é controvertido (DWORKIN, 1982, pp. 528-529; DWORKIN, 1986, p. 51 e ss). Em termos normativos, o juiz deve fazer ao interpretar envolve um exercício de autorreflexão no qual ele necessita proporcionar a melhor e mais completa interpretação possível do ordenamento jurídico perante um caso específico – e, para isso, é fundamental considerar de que maneira a sua decisão se insere na, por vezes extensa, cadeia de decisões estabelecidas (DWORKIN, 1982, p. 531). Conforme já mencionado, existe também uma preocupação prospectiva na decisão, uma vez que o posicionamento nela fixado será também uma referência para as decisões futuras, apontando direções, problemas e outras perspectivas em torno da problemática a ser julgada.

Em uma série de artigos nos quais confronta Dworkin e também responde às suas indagações, Fish observa o seguinte: na medida em que ele, Dworkin, pensa os constrangimentos interpretativos a partir de noções como coerência e encaixe (*fit*) entre a interpretação optada e o panorama mais abrangente das diversas decisões judiciais estabelecidas em torno da temática, o que se tem é uma progressiva redução da liberdade de apreciação do intérprete (DWORKIN, 1982, p. 544-545). Escreve Fish acerca do artigo *Law as Interpretation* onde Dworkin desenvolve o conceito de romance em cadeia através de um paralelo entre as práticas interpretativas da comunidade jurídica e as que se fazem presentes na teoria literária:

Em esboço inicial deste artigo Dworkin sugerira que conforme a cadeia se estende a liberdade desfrutada pelo iniciador da seqüência se mostra mais e mais limitada, até que em um determinado ponto da história no qual os “romancistas tardios” vão precisar trabalhar se tornam tão denso ao ponto de “admitir de boa-fé apenas uma única interpretação”; e isso, de fato, faz com que aquela interpretação deixe de ser uma interpretação no sentido usual porque ela será requisitada pelo que já se encontra escrito (FISH, 1989b, p. 88-89)⁸.

⁸ No original: “In an earlier draft of the essay Dworkin had suggested that as the chain extends itself the freedom enjoyed by the initiator of the sequence is more and more constrained, until at some point the history against which “late novelists” must work may become so dense “as to admit only one good-faith interpretation”; and indeed that interpretation will not be an interpretation in the usual sense because it will have been demanded by what has already been written”.

O traço problemático para Fish reside na maneira como Dworkin pensa os constrangimentos normativos em associação ao aumento progressivo das decisões tomadas. Muito embora essa maneira de se pensar os constrangimentos esteja distante daquela que se faz presente na abordagem dos positivistas analíticos do começo do século vinte, como Hart, ainda assim as ressalvas que Fish direciona a este autor guardam certa semelhança com aqueles que ele tece à teoria de Dworkin. Novamente, o problema da recursividade das práticas interpretativas remete ao momento em o teórico associa a liberdade de interpretação com a ausência de referenciais claros que vão delimitar as possibilidades interpretativas adequadas.

Se em Hart essa ausência é pensada através da textura aberta da linguagem, mais especificamente na relação entre núcleo e zona de penumbra, Dworkin concebe a ausência como o ponto de partida, o estágio inicial, pelo qual vai se dar a construção do romance em cadeia, ou seja, pela carência das decisões anteriores que estabelecem um direcionamento a ser considerado. Ao contrário de Hart, porém, Dworkin não enxerga essa liberdade como um problema a ser resolvido por meio de recursos a elementos normativos específicos, a exemplo das regras de reconhecimento: o maior ou menor grau de liberdade diz respeito apenas ao momento que um dado intérprete adentra em uma cadeia de decisões ou mesmo dá início a uma. A seguinte passagem do artigo, *Law as Interpretation*, é esclarecedora quanto a este aspecto do conceito de romance em cadeia:

Ele 'deve' interpretar o que veio antes porque ele possui a responsabilidade de prosseguir com a narrativa ao invés de estabelecer uma nova direção decorrente de seu entendimento particular. Então ele deve determinar, em conformidade com o seu próprio julgamento, a que chegaram as decisões anteriores, qual seria o propósito que se chegou até então quando se considera o todo (DWORKIN, 1982, p. 543)⁹.

O constrangimento se expressa não tanto a partir de normas que explicitamente regulariam a atividade interpretativa, e sim através de um encadeamento de práticas que, aos poucos, vai construindo uma narrativa institucional em torno da apreciação de certa matéria. Esse é um dos pontos que permitem a Dworkin operar uma aproximação entre as práticas interpretativas do direito e aquelas que compreendem o universo da teoria e crítica literária: a apreciação de certo autor ou obra expressa uma construção coletiva que se dá por meio de debates, trabalhos e interpretações sedimentados com a passagem do tempo acerca dos

⁹ No original: "He 'must' interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own. So he must determine, according to his own judgment, what the earlier decisions come to, what the point or the practice so far, taken as a whole, really is".

propósitos subjacentes à obra de arte ou a um entendimento judicial ao invés de se deter no esclarecimento das suas causas (DWORKIN, 1986, p. 51). É como se a relevância de um autor ou obra em particular fosse continuamente construída e reconstruída por debates conduzidos pelas preocupações e necessidades contemporâneas da sociedade.

Nesse sentido, porém, ao dotar o autor que inicia a cadeia de uma ampla liberdade em comparação aos autores subsequentes, o próprio Dworkin acaba por desconsiderar a maneira como as práticas sociais exercem diferentes constrangimentos naquele que ocupa a primeira posição. Quem pretende iniciar um romance ou peça teatral, necessita ao menos ter uma ideia, por mais vaga e indeterminada que possa ser, da estrutura de cada uma daquelas obras de arte, e nenhuma estrutura textual poderá torná-lo mais ou menos livre que o resto. Cabe a observação de Fish quanto à liberdade do intérprete na construção do romance em cadeia:

...isso não significa que os romancistas tardios estão livres para decidir como bem entenderem (ou que não existe nenhuma possibilidade de estabelecer uma discordância), mas sim que, conforme os parâmetros gerais da prática de leitura de romance), ele é tão livre quanto qualquer outro, o que também significa que ele se encontra tão limitado quanto qualquer outro. Ele está limitado na medida em que ele apenas pode continuar de maneiras que são reconhecidamente novos (e o mesmo pode ser dito do ato “inicial” do primeiro romancista), e nisso ele se encontra livre de tal forma que nenhuma quantidade de textos acumulados pode tornar a sua escolha inescapável (FISH, 1989b, p. 91)¹⁰.

Mesmo que opte por ignorar certas convenções que tendem a validar a produção artística de certo campo, ainda assim as convenções existem e trazem implicações diretas não apenas no modo de avaliação da obra (se *avant-garde* ou convencional, por exemplo), como em termos do próprio desvio que é realizado diante dos padrões constituídos e que influenciam, mesmo que indiretamente, a autocompreensão do autor em torno de sua própria prática (FISH, 1989c, p. 106 e ss). Acerca do primeiro intérprete na sequência do romance em cadeia, Fish escreve:

Ele precisa decidir, por exemplo, como deve iniciar o romance, mas a decisão não está “livre” porque a própria noção de “começar um romance” existe apenas no contexto de uma série de práticas que ao mesmo tempo possibilitam e limitam o ato de começar. Não se pode pensar em iniciar um romance sem que se pense a partir das práticas estabelecidas, ao invés de ir contra elas, e mesmo ao se decidir “ignorá-las” ou “violá-las” ou “colocá-las de lado”, as ações de ignorar, violar e colocar ao lado terão uma

¹⁰ No original: “...this does not mean that a later novelist is free to decide anything he likes (or that there is no possibility of adjudicating a disagreement), but that within the general parameters of novel-reading practice, he is as free as anyone else, which means that he is as constrained as anyone else. He is constrained in that he can only continue in ways that are recognizable novel ways (and the same must be said of the first novelist’s act of “beginning”), and he is free in that no amount of textual accumulation can make his choice of one of those ways inescapable”.

forma que por si só fora moldada através da forma pré-existente dessas práticas (FISH, 1989b, p. 89)¹¹.

Considerando que a crítica de Fish à abordagem interpretativa de Dworkin se estende por mais alguns artigos, para os propósitos mais específicos deste trabalho é suficiente apontar como Fish novamente chama atenção para as práticas subjacentes a uma comunidade de intérpretes em detrimento do objeto definido da interpretação, seja ele na forma de regras de reconhecimento ou das decisões anteriormente tomadas (FISH, 1989c, pp. 115-116). A relação com os performativos, neste ponto, torna-se explícita na medida em que são práticas difusas e corriqueiras que compõem o conjunto de regras e critérios que fornecem ao intérprete os referenciais necessários para que se interprete um texto, seja ele literário ou jurídico, de maneira considerada aceitável pelos membros desta comunidade em particular.

Se o artigo se inicia com uma reflexão em termos da força e de sua limitação pelo texto legal no contexto do Estado de Direito (*Rule of Law*), as considerações apontadas pela teoria da interpretação e outras correntes, já a partir do século vinte, tendem a questionar a viabilidade dessa limitação pensada nesses termos. Seja através da textura aberta da linguagem (Hart) ou do romance em cadeia (Dworkin), a prática interpretativa extrapola a ideia de uma estrita aplicação das normas jurídicas que desconsidera a criatividade do intérprete, ou então que a concebe através de um conjunto de métodos estabelecidos. Isso fica aparente na maneira como o próprio Dworkin, em *Law's Empire*, concebe a interpretação das práticas sociais (DWORKIN, 1986, p. 50 e ss).

O que Stanley Fish faz nos artigos que integram *Doing What Comes Naturally* é trazer à tona os diferentes componentes institucionais através dos quais as práticas jurídicas são sancionadas e validadas em meio a um dado contexto institucional. Nisso reside, em parte, a dimensão performativa subjacente às interpretações presentes nas decisões judiciais: não basta que esclareçam, fundamente ou proporcionem soluções, elas precisam se conformar aos critérios institucionalizados para que sejam validadas perante os demais intérpretes. Esses

¹¹ No original: "He must decide, for example, how to begin the novel, but the decision is not "free" because the very notion "beginning a novel" exists only in the context of a set of practices that at once enable and limit the act of beginning. One cannot think of beginning a novel without thinking within, as opposed to thinking "of", these established practices, and even if one "decides" to "ignore" them or "violate" them or "set them aside", the actions of ignoring and violating and setting aside will themselves have a shape that is constrained by the preexisting shape of those practices".

critérios, por sua vez, estão sempre sujeitos a mudanças e redefinições em meio à dinâmica que se estabelece entre os membros dessa comunidade.

No desenvolvimento deste artigo, observou-se de que maneira Fish deslocou uma reflexão sobre a força, outrora muito dependente dos enunciados jurídicos normativos, para o contexto mais abrangente das comunidades interpretativas, um direcionamento teórico que também pode ser vislumbrado em Dworkin (DWORKIN, 1986, p. 48 e ss; FISH, 1982). Diferente deste, porém, Fish suscita vários questionamentos referentes às limitações que as decisões anteriores podem trazer para um dado intérprete: os constrangimentos interpretativos encontram-se enraizados nas próprias práticas coletivas que constituem a comunidade de intérpretes ao invés de se materializem em uma compreensão axiológica na qual uma decisão judicial precisa ser formulada levando em consideração a coerência da narrativa que fora previamente estabelecida por decisões judiciais anteriores. O que assegura a força e às restrições às práticas interpretativas é o debate vibrante, inconclusivo e sempre contínuo entre os intérpretes que constituem a comunidade na qual as decisões judiciais são tomadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do artigo residiu em apontar de que maneira Stanley Fish, a partir de uma série de artigos, propõe uma intervenção nos debates referentes à teoria da interpretação jurídica mediante a sua leitura particular dos performativos. O trabalho aponta, mesmo que sucintamente, a influência de Jacques Derrida na maneira como Fish aborda de maneira peculiar a dinâmica dos performativos, trazendo-a para o contexto jurídico para deste modo também vir a confrontar as posições de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, tão diferentes entre si, no que diz respeito à decisão judicial e ao lugar da interpretação em meio a essa prática.

A primeira seção tratou de esclarecer, em linhas gerais, a noção de força e a sua importância na jurisprudência analítica de H. L. A. Hart. A força é um conceito fundamental porque, dentre outras funções que desempenha, é através dela em que se solidifica uma relação entre a autoridade política e os enunciados normativos do direito, principalmente no contexto

do Estado de Direito. Se o que existe por trás desses enunciados é a força coercitiva das autoridades, também será por meio dele, observa Hart, que os cidadãos vão encontrar proteção perante os desmandos dos governantes: as normas escritas limitam à atuação daqueles que detém o poder político a textos e decisões estabelecidas. Introduzem, desta maneira, uma racionalidade no exercício da violência que, ao menos no Estado de Direito, só pode legalmente se expressar através das normas jurídicas positivas.

No horizonte da jurisprudência analítica, o conceito de força adquire também uma outra importância ao chamar atenção para a necessidade do controle normativo do exercício seja ele do poder político, seja ele dos magistrados que apreciam e decidem sobre os casos judiciais, como Hart vai mencionar em *The Concept of Law*. É nesse panorama que uma reflexão cuidadosa acerca da interpretação jurídica se faz importante porque, para que o controle da força seja racionalmente limitado através das normas, é preciso preservar uma separação nítida entre o criar e o aplicar.

A interpretação acaba por apresentar dificuldades para a manutenção dessa separação no tocante aos casos considerados difíceis, aqueles em que o encaixe entre a categoria jurídica presente na norma e o caso particular a ser decidido, é vacilante, causando discussões controvertidas entre os diferentes atores jurídicos. Este impasse decorrente da separação entre os casos, fáceis ou difíceis, ao menos nos momentos iniciais da jurisprudência analítica, é abordado através de um outro tipo de regras, as de reconhecimento, que ao menos em tese forneceriam uma solução plausível para o impasse.

Stanley Fish observa que essa solução não permite atingir os resultados aos quais pretende porque a determinação dessas regras implica, mais uma vez, a possibilidade de impasses nesse nível, ou seja, o problema referente à liberdade do intérprete é deslocado de um grau para o outro, sem com isso se chegar ao tipo de restrição normativa que Hart considera fundamental para o Estado de Direito. Não é que Fish esteja postulando uma liberdade ilimitada de apreciação e decisão do intérprete, mas que a restrição à essa liberdade, para fins de resolução dos impasses interpretativos suscitados acima, não pode ser estabelecida mediante a formulação de um tipo diverso de norma.

É preciso considerar também a maneira como as práticas interpretativas são constituídas através de uma dinâmica coletiva na qual se elaboram critérios referentes à validação desses

atos – ou seja, é importante conceber de que maneira as decisões interpretativas se relacionam umas com as outras, e como elas são coletivamente acolhidas ou rejeitadas. É essa dimensão institucional, que repousa em torno dos efeitos e da aceitabilidade coletiva das decisões interpretativas, que pode ser enriquecido por meio de uma abordagem dos performativos. Por essa razão o trabalho, na seção seguinte, aborda uma teoria, em parte construída como uma reação à abordagem da jurisprudência analítica de Hart, que traz ao primeiro plano a dimensão coletiva das práticas interpretativas do direito. Trata-se da abordagem interpretativa proposta por Ronald Dworkin.

O recorte realizado ao longo do desenvolvimento deste artigo recaiu sobre o conceito de romance em cadeia (*chain novel*) tal como desenvolvido em seu artigo, *Law as Interpretation*. Através de uma aproximação entre as decisões judiciais e a interpretação literária, Dworkin trata de destacar o caráter coletivo das práticas interpretativas, sejam elas presentes no âmbito do poder judiciário ou do panorama da crítica literária. Em ambos os casos, a interpretação vem amparada por argumentos que justificam a decisão interpretativa perante os outros intérpretes.

Os argumentos se encontram baseados em valores compartilhados pelos intérpretes, sendo estes também importantes na proposição de um referencial normativo mais definido para as práticas interpretativas. Um valor como o de coerência, por exemplo, conduz o intérprete de um romance a evitar ignorar por completo uma parte da narrativa em detrimento de outras, que considera mais importante porque essa opção dificultaria explicar a existência do segmento ignorado em meio à totalidade da estrutura do romance. A coerência, em tese, permitiria avaliar interpretações como mais ou menos adequadas a uma narrativa institucional particular.

O constrangimento das práticas interpretativas é estabelecido através da relação travada entre os intérpretes: no caso do romance em cadeia, as decisões judiciais acumuladas vão aos poucos estabelecendo direcionamentos que são aceitáveis e outros que não o são. Por isso, na concepção de Dworkin, os primeiros intérpretes dispõem de mais liberdade de apreciação do que aqueles que ocupam posições mais tardias no desenrolar da narrativa que, em prol da coerência, precisam considerar de maneira retrospectiva como as decisões a serem proferidas por eles se encaixam no direcionamento estabelecido. É exatamente esse o ponto confrontado

por Fish em uma série de artigos dedicados a abordar criticamente o posicionamento de Dworkin.

Para Fish, assim como as regras de reconhecimento de Hart, o posicionamento ocupado pelos intérpretes na narrativa em cadeia não serve de recurso para a delimitação da margem de liberdade e apreciação de que dispõe o intérprete no âmbito da decisão judicial. É preciso considerar, neste ponto, as diferentes maneiras com que as comunidades interpretativas interferem, constroem e reconstróem as práticas interpretativas no que se refere a determinado panorama social. Neste ponto, as teorizações referentes às práticas interpretativas no direito recaem sobre os diferentes mecanismos através dos quais as interpretações são consideradas aceitáveis ou inaceitáveis: requerem, desta maneira, uma análise performativa em torno dessas práticas.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 1975.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined: and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998.

BIX, Brian. Hart and The Hermeneutic Turn in Legal Theory. *SMU Law Review*, v. 52, 1999, pp. 167-200.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que es importante Dworkin? *Revista Doxa*, Alicante, v. 2, 1985, pp. 159-165.

DERRIDA, Jacques. Signature Event Context. In: DERRIDA, Jacques. *Limited Inc*. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1988, pp. 1-24.

DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. *Texas Law Review*, v. 60, 1982, pp. 527-550.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart and The Semantic Sting. *Legal Theory*, v. 4, pp. 283-300, 1998.

ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness and Legal Theory. *Legal Theory*, v. 3, pp. 37-63, 1997.

FISH, Stanley. Force. *Washington and Lee Law Review*, v. 45, n. 3, 1988, pp. 883-902.

FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class?* Harvard: Harvard University Press, 1982.

FISH, Stanley. With the Compliments of the Author: Reflections on Austin and Derrida. In: FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989a, pp. 37-67.

FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. In: FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989b, pp. 87-102

FISH, Stanley. Wrong Again. In: FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989c, pp. 103-119.

GUIBOURG, Ricardo A. Hart, Bulygin Y Ruiz Manero: Tres Enfoques Para un Modelo. *Revista Doxa*, Alicante, v. 14, 1993, pp. 429-434

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HIMMA, Kenneth Einar. Law's Claim of Legitimate Authority. In: COLEMAN, Jules. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 271-310.

KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

MOATI, Raoul. *Derrida/Searle: Deconstruction and Ordinary Language*. New York: Columbia University Press, 2014.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

VIDAL, Isabel Lifante. Interpretación y Modelos de Derecho: Sobre El Papel de la Intención en la Interpretación Jurídica. *Revista Doxa*, Alicante, v. 22, 1999, pp. 171-193.

Data de Submissão: 18/02/2020

Data de Aceite: 27/03/2020