

VIOLÊNCIA E A PALAVRA

VIOLENCE AND THE WORD

Robert Cover*

Tradução de Maurício Pedrosa Flores

ABSTRACT

Legal interpretation¹ takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred, or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it.

Key words: Legal interpretation; Violence; Translation.

* Professor Chancellor Kent de Direito e História do Direito, Universidade de Yale.

Há sempre lendas sobre aqueles que vieram primeiro, que chamaram as coisas por seus nomes certos e assim fundaram a cultura de significado em que nós, retardatários, nascemos. Charles Black tem sido uma dessas lendas, atravessando a paisagem do direito nomeando coisas e falando “com autoridade”. E nós, que viemos depois dele, somos eternamente gratos.

Eu gostaria de agradecer a Harlon Dalton, Susan Koniak e Harry Wellington por terem lido e comentado os rascunhos desse ensaio. Algumas das ideias desse ensaio foram desenvolvidas anteriormente na Brown Lecture que apresentei na Georgia School of Law Conference on Interpretation em Março de 1986. Sou grato a Milner Ball, Avi Soifer, Richard Weisberg e James Boyd White pelos comentários feitos em resposta a essa conferência, que me ajudaram a retrabalhar as ideias aqui presentes.

Sou particularmente grato a meu assistente de verão, Tracy Fessenden, pela assistência de pesquisa, editorial e substancial da mais alta ordem.

RESUMO

A interpretação jurídica¹ tem lugar em um campo de dor e morte. Isso é verdadeiro em vários sentidos. Os atos de interpretação jurídica sinalizam e ocasionam a imposição de violência sobre outros: um juiz articula seu entendimento de um texto e, como resultado, alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos ou até mesmo sua vida. As interpretações no direito também constituem justificativas para a violência que já ocorreu ou está prestes a ocorrer. Quando os intérpretes terminam seu trabalho, frequentemente deixam para trás vítimas cujas vidas foram despedaçadas por essas práticas, organizadas e sociais, de violência. Nem a interpretação jurídica, nem a violência que ela ocasiona, podem ser propriamente entendidas separadamente. Esse é um fato óbvio, embora a crescente literatura que argumenta a favor da centralidade das práticas de interpretação no direito tranquilamente o ignore.²

Palavras-chave: Interpretação jurídica; Violência; Tradução.

¹ Usei o termo “interpretação jurídica” ao longo desse ensaio, embora meu argumento esteja direcionado principalmente aos atos de interpretação dos juizes. Minha análise da ação institucional se aplica com força especial a essa interpretação especificamente judicial. Não obstante, acredito que o termo mais geral “interpretação jurídica” é adequado, pois minha posição é a de que a violência que os juizes implementam enquanto instrumentos do Estado-nação moderno engaja necessariamente todos que interpretam o direito no curso de uma conduta que implica quer a perpetração, quer o sofrimento dessa violência.

² Houve uma recente explosão de estudos jurídicos posicionando a interpretação no cerne da atividade jurídica. Uma boa amostragem desse trabalho pode ser vista nos vários artigos que apareceram em dois simpósios. *Symposium: Law and Literature*, 60 TEX. L. REV. 373 (1982); *Interpretation Symposium*, 58 S. CALIF. L. REV. 1 (1985) (publicado em duas edições). O forte interesse na “interpretação” ou na “hermenêutica” nos estudos jurídicos recentes é um fenômeno bastante diferente do conjunto tradicional de questões acerca de qual efeito deveria ser dado a uma palavra, frase ou instrumento particular em determinado contexto. Em vez disso, trata-se do estudo daquilo que chamei de “um universo normativo mantido por (...) compromissos interpretativos (...)”. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 7 (1983). Ou, nas palavras de Ronald Dworkin, é o estudo do esforço de “impor *sentido* sobre a instituição (...) e então reestruturá-la à luz desse sentido”. R. DWORKIN, *LAW’S EMPIRE* 47 (1986) (grifo original). Em *Law’s Empire*, Dworkin escreveu a mais elaborada e sofisticada teoria do direito que posiciona a concessão de significado, ou seja, a dimensão construtiva da interpretação, no centro do direito. James Boyd White tem sido outra voz eloquente reivindicando a primazia daquilo que chama de “cultura do argumento”. White levou a retórica ao topo da teoria do direito. Ver J. B. WHITE, *WHEN WORDS LOSE THEIR MEANING* (1984); J. B. WHITE, *HERACLES’ BOW* (1985).

O lado violento do direito e sua conexão com a interpretação e a retórica é sistematicamente ignorado ou subestimado nos trabalhos de Dworkin e de White. No capítulo nove de *Heracles’ Bow*, White até se aproxima das preocupações desse ensaio. Ele lança uma crítica à prática do direito penal nos termos de sua ininteligibilidade como “sistema de sentido” na ausência de reformas significativas. White não enxerga a violência como central para o colapso do sistema de sentido, mas ele contrasta aquilo que o juiz diz com aquilo que ele faz ao dizê-lo. Ainda assim, White reitera em seu livro sua posição central de que o “direito (...) é melhor compreendido não como uma máquina de controle social, mas como o que eu chamo de sistema de

I. INTRODUÇÃO: A VIOLÊNCIA DOS ATOS JURÍDICOS

Tomada por si só, a palavra “interpretação” pode ser enganosa. “Interpretação” sugere a construção social de uma realidade interpessoal por meio da linguagem. Já dor e morte possuem implicações bastante diversas. Na verdade, a dor e a morte destroem o mundo que a “interpretação” convoca. É evidente que a habilidade de construir realidades interpessoais é destruída pela morte. Mas, nesse caso, o que é verdadeiro em relação à morte também o é em relação à dor, pois esta destrói, entre outras coisas, a própria linguagem. A brilhante análise de Elaine Scarry sobre a dor mostra isso:

[P]ara a pessoa que sofre a dor, “ter dor” é algo presente de forma tão incontestável e inegociável que pode ser visto como o exemplo mais vibrante do que significa “ter certeza”, enquanto para a outra pessoa isso é tão indescritível que ouvir falar de dor pode representar um modelo básico sobre o que significa “ter dúvidas”. Assim, a dor se apresenta como algo que não pode ser compartilhado em nosso meio, algo que, de uma vez só, não pode ser negado nem tampouco pode ser provado. O que a dor venha a alcançar, alcança em parte em razão de sua incapacidade de ser compartilhada, incapacidade em parte relacionada com sua resistência à linguagem (...) A dor prolongada não apenas resiste à linguagem como a destrói ativamente, acarretando uma regressão imediata a um estado anterior à linguagem, aos sons e gritos que um ser humano produz antes de aprender a linguagem.³

À imposição deliberada de dor que visa destruir o universo normativo da vítima e sua capacidade de criar realidades compartilhadas nós damos o nome de tortura. O interrogatório que faz parte da tortura, assinala Scarry, raramente

constituição retórica: um conjunto de recursos para reivindicar, resistir e declarar significado”. *Id.*, 205. Eu não nego que o direito seja todas essas coisas que White afirma que é, mas eu insisto que o direito é todas essas coisas no contexto de uma prática social organizada de violência. E o “significado” ou sentido que é alcançado deve ser experimentado ou compreendido em formas muito distintas conforme alguém sofre ou não aquela violência. Em *Nomos and narrative*, eu também enfatizei o caráter construtor de mundos das comunicações interpretativas no direito. No entanto, o impulso presente em *Nomos* era de que a criação de significado jurídico é uma atividade essencialmente cultural localizada (ou *mais bem* localizada) entre grupos menores. Essa atividade de criação de significado não é naturalmente correspondente ao alcance da violência efetiva utilizada para fins de controle social. Portanto, na medida em que o direito é a tentativa de construir mundos futuros, sua tensão essencial se dá entre a elaboração de significado jurídico e o exercício de ou resistência à violência do controle social. Cover, *supra*, p. 18: “Há uma dicotomia radical entre a organização social do direito como poder e a organização do direito como sentido”. Este ensaio aponta os sentidos pelos quais as formas tradicionais de decisão jurídica não podem ser facilmente capturadas, pela ideia de interpretação tal como normalmente entendida na literatura, nas artes e nas humanidades.

³ E. SCARRY, THE BODY IN PAIN 4 (1985).

é articulado para extrair informações. Mais comumente, o interrogatório do torturador é articulado para demonstrar o fim do universo normativo da vítima – o fim daquilo a que a vítima dá valor, o fim dos vínculos que constituem a comunidade sobre a qual os valores estão fundados. Scarry conclui então que, “ao forçar a confissão, os torturadores obrigam o prisioneiro a registrar e objetivar o fato de que a dor intensa é destruidora de mundos.”⁴ É por isso que os torturadores sempre exigem a traição – uma demonstração de que o mundo normativo imaterial da vítima foi esmagado pela realidade material da dor e de sua extensão, o medo.⁵ Torturador e vítima acabam por criar seu próprio “mundo” tenebroso, mundo cujo significado deriva do fato de ter sido erguido sobre as cinzas de outro.⁶ A lógica desse mundo é de completa dominação, embora seu objetivo possa não ser alcançado.

Sempre que o mundo normativo de uma comunidade sobrevive ao medo, à dor e à morte em suas formas mais extremas, essa sobrevivência é entendida como literalmente milagrosa tanto por aqueles que a experienciaram como por aqueles que imaginam ou recriam o sofrimento de forma vívida. Assim se escreveu sobre o sofrimento dos santos mártires católicos:

Nós devemos incluir também (...) os feitos dos santos cujos triunfos resplandeceram sobre as várias formas de tortura a que foram submetidos e *suas maravilhosas confissões de fé*. Que católico pode duvidar de que eles tenham sofrido mais que qualquer

⁴ *Id.*, p. 29.

⁵ *Id.*

“A dor e o interrogatório ocorrem inevitavelmente juntos em parte porque o torturador e o prisioneiro os experimentam de maneira oposta. Dentro dessa simulação política, a mesma pergunta que importa tanto para o torturador, e que provoca sua brutalidade grotesca, importa pouco para o prisioneiro que experimenta a brutalidade, que acaba então fornecendo a resposta. Para os torturadores, o puro e simples fato do sofrimento humano torna-se invisível, e o fato moral de infligir esse sofrimento é tornado neutro pela urgência e importância fingidas da pergunta. Para o prisioneiro, o puro, simples e irresistível fato desse sofrimento tornará neutra e invisível a importância de qualquer questão assim como da importância do próprio mundo a que a pergunta se refere (...). É por essa razão que, enquanto o conteúdo da resposta do prisioneiro só as vezes importa ao regime, a forma da sua resposta, o próprio ato de responder, é sempre crucial. (...) [N]a confissão, a pessoa trai a si própria e a todos aqueles aspectos do mundo – amigos, família, país, causa – sobre o qual o seu Eu se sustenta.”

Id. Enquanto a dor é uma forma extrema de destruição de mundos, o medo pode ser tão potente quanto ela, mesmo quando não ligado à dor física e à tortura. O ato de responder e a necessidade de “destruição de mundos” por meio da traição também eram centrais no reino de medo do macartismo. Ver, p. ex., V. NAVASKY, NAMING NAMES 346 (1980) (o informante destrói “a própria possibilidade de uma comunidade (...) na medida em que o informante opera de acordo com o princípio da traição e a comunidade sobrevive pelo princípio da confiança”).

⁶ Sobre a “ficção de poder” criada pela tortura, ver E. SCARRY, *supra*, nota 3, p. 56-58.

ser humano poderia suportar, e que não suportaram isso por suas próprias forças, mas sim pela graça e ajuda de Deus? (grifo nosso)⁷

E os judeus recordam, a cada ano, no *Yom Kippur* que:

O Rabbi Akiba (...) escolheu continuar a ensinar a despeito do decreto [de proibição dos romanos]. Quando o conduziam ao carrasco, era hora de recitar a *Sh'ma*. Com pentes de ferro rasgavam sua pele enquanto ele recitava *Sh'ma Yisrael*, aceitando livremente o jugo do Reino de Deus. “Mesmo agora?” seus discípulos perguntaram. Ele respondeu: “Por toda minha vida estive preocupado com um verso: ‘Ama a teu Senhor Deus com todo teu coração e toda tua alma’, o que significa mesmo que Ele tome sua vida. Frequentemente me perguntei se poderia cumprir tal obrigação. E agora posso”. Ele deixou o mundo enquanto proferia: “O Senhor é Uno”.⁸

Apesar de sua estranheza em relação ao mundo secular do direito norte-americano contemporâneo, o martírio é um ponto de partida propício para compreender a natureza da interpretação jurídica. Precisamente por ser um fenômeno tão extremo, o martírio nos ajuda a ver o que está presente em menor grau sempre que a interpretação é acompanhada da prática de dominação violenta. Em face de uma força esmagadora, os mártires insistem em que, se a vida há de continuar, não será nos termos da lei do tirano. O direito é a projeção de um futuro imaginado sobre a realidade. Os mártires reivindicam que qualquer futuro que venham a possuir será nos termos da lei com a qual estão comprometidos (a lei de Deus). E o milagre do sofrimento dos mártires é sua insistência na lei com a qual estão comprometidos, mesmo em face de uma dor destruidora de mundos.⁹ Seu triunfo – que pode muito bem ser, em parte, imaginário – é o triunfo imaginado do mundo normativo – da Torá, do Nomos – sobre o mundo

⁷ P. BROWN, THE CULT OF THE SAINTS 79 (1981) (citado a partir do DECRETUM GEI. ASIANUM, PATROLOGIA LATINA 59.171).

⁸ A citação provém do tradicional Eilch Ezkerah ou culto aos mártires do Yom Kippur. Citei a partir da tradução utilizada em MAHZOR FOR ROSH HASHANAH AND YOM KIPPUR, A PRAYER BOOK FOR THE DAYS OF AWE 555-57 (J. Harlow ed. 1972).

⁹ A palavra “mártir” deriva do radical grego *martys*, “testemunha”, e do radical ariano *smert*, “lembrar”. O martírio funciona como uma *re*-memoração quando o mártir, no ato de testemunhar, sacrifica-se em nome do universo normativo que é então reconstituído, regenerado ou recriado. Uma das primeiras fontes a tratar o martírio como um fenômeno religioso, Macabeus 2, enfatiza como característica do fenômeno a insistência na integridade da Lei do mártir e da obrigação em relação a ela em face de uma violência avassaladora. Em certo ponto, o livro descreve a horrível tortura e assassinato de sete filhos diante dos olhos da mãe deles, cada morte mais terrível que a anterior. O último e mais novo filho, encorajado por sua mãe, responde à exigência do Rei de comer porco com as seguintes palavras: “Eu não me submeterei ao comando do Rei; obedecerei ao comando da lei dada por Moisés a nossos ancestrais”. MACABEUS, 2, 7.30.

material de morte e dor.¹⁰ O martírio é uma forma extrema de resistência à dominação. Como tal, recorda-nos que a construção de mundos normativos constitutiva da “Lei” nunca é somente um ato mental ou espiritual. Um mundo jurídico é construído somente na medida em que existam compromissos que coloquem os corpos à prova. A tortura do mártir é uma forma extrema e repulsiva da violência organizada das instituições. Ela nos faz recordar que os compromissos interpretativos dos agentes públicos têm efeito, de fato, sobre a própria carne. Sendo assim, os compromissos interpretativos de uma comunidade que resiste ao direito oficial também devem se dar sobre a carne, mesmo que seja a carne de seus próprios partidários.

Mas o martírio não é a única reação possível para um grupo que falhou em ajustar-se ou em aceitar a dominação em um espaço físico compartilhado. A rebelião e a revolução são reações alternativas quando as circunstâncias tornam tais atos factíveis e quando existe uma disposição não apenas para morrer, mas também para matar em nome de um entendimento sobre um futuro normativo distinto ao do poder dominante.¹¹

Nossa própria história constitucional começa com um ato de rebelião semelhante. Esse ato era, formalmente, um ensaio sobre interpretação constitucional que afirmava o direito de independência política em relação à Grã-Bretanha:

Nós que aqui representamos os Estados Unidos da América reunidos no Congresso Geral, apelando ao juízo supremo do mundo pela retidão de nossas intenções, em nome e sob a autoridade do bom povo dessas colônias, solenemente tornamos público e declaramos que essas Colônias Unidas são e, por direito, devem ser, estados livres e independentes; que estão absolvidas de toda lealdade em relação à coroa britânica, e que

¹⁰ Em casos extremos, o martírio pode ser procurado de maneira afirmativa, como prova final da capacidade do espírito de triunfar sobre o corpo. Esse triunfo pode ser visto como um triunfo do amor, da lei, ou de ambos, dependendo dos temas dominantes do mundo normativo e religioso do mártir e de sua comunidade. O grande jurista e místico Joseph Karo (1488-1578) teve sonhos extáticos de martírio, recebendo a promessa de ter o privilégio de morrer como mártir, dada por um *maggid* – um mensageiro celestial que falou através de sua boca e lhe apareceu em visões (A promessa não foi cumprida, pois ele morreu por conta de sua idade avançada). Ver Z. WERBLOWSKI, JOSEPH KARO: LAWYER AND MYSTIC, p. 151-54 (2d ed. 1977). Notemos também o fenômeno de comunidades que se autodestroem diante de um inimigo. Comparemos o complexo mito dos judeus mártires diante dos cruzados, elaborado em S. SPIEGEL, THE LAST TRIAL: ON THE LEGENDS AND LORE OF THE COMMAND TO ABRAHAM TO OFFER ISSAC: AS A SACRIFICE: THE AKEDAH (J. Goldin trans. 1969) com o mito da Noite Branca representado por Jonestown nos nossos dias, recontado em J. SMITH, IMAGINING RELIGION: FROM BABYLON TO JONESTOWN, p. 102-20; 126-34 (1982).

¹¹ O arquétipo da transição do martírio para a resistência se encontra em Macabeus, Livro Primeiro, com a trágica matança executada pelo Sacerdote Matias em Modi'in. 1 MACCABEUS 2, 19-28. Seu ato assume um significado dramático no texto em parte porque contrasta fortemente com os atos de martírio heroico descritos no Livro Segundo. Ver *supra*, nota 9.

toda conexão política entre elas e o Estado da Grã-Bretanha estão, e devem ser, totalmente dissolvidas.¹²

Mas esse ato interpretativo também incorporou um alerta sobre o risco de dor e morte que acompanha interpretações tão importantes:

Nos comprometemos mutuamente em relação a nossas vidas, nossas fortunas e nossa honra sagrada.¹³

Vida, fortuna e honra sagrada seriam, é claro, precisamente o preço que os conspiradores teriam a pagar caso sua ação fracassasse. Com frequência, nós também esquecemos que os líderes da rebelião cometeram uma traição sob a perspectiva constitucional inglesa, e que a condenação por traição trazia consigo uma morte terrível e degradante, a perda de propriedade e a corrupção do sangue.¹⁴ Grandes controvérsias sobre interpretação constitucional que refletem questões fundamentais de fidelidade política – a Revolução Americana, a secessão dos Estados Confederados ou a revolta dos Índios das Planícies – claramente carregam as sementes da violência (dor e morte), ao menos no momento em que a compreensão dos textos políticos incorpora-se à capacidade institucional de levar ações coletivas a cabo. Mas é precisamente essa incorporação de uma compreensão de um texto político em modos institucionais de ação que distingue a interpretação jurídica da interpretação literária, da filosofia política e da crítica constitucional.¹⁵ Ou a interpretação jurídica é jogada no campo de dor e morte, ou ela está aquém (ou além) do direito.

¹² Declaração de Independência (1776). Para os sentidos em que a Declaração poderia ser vista como interpretando a posição constitucional da América em relação ao Império, ver Black, *The Constitution of Empire: The Case for the Colonists*, 124 U. PA. L. REV. 1157 (1976).

¹³ Declaração de Independência (1776).

¹⁴ Ver IV BLACKSTONE'S COMMENTARIES *92-93:

“A punição por alta traição em geral é bastante solene e terrível. 1. O infrator é arrastado até a forca, não sendo carregado e nem podendo caminhar; ainda que usualmente (por piedade, incluída na lei por razões humanitárias, depois de um longo amadurecimento) se permita um trenó ou uma barreira para preservar o infrator do tormento extremo que é ser arrastado pelo chão ou pelo pavimento. 2. É pendurado pelo pescoço, e então esquartejado vivo. 3. Suas entranhas são retiradas e queimadas enquanto ele ainda está vivo. 4. Sua cabeça é cortada. 5. Seu corpo é dividido em quatro partes. 6. Sua cabeça e suas partes são postas à disposição do rei”.

A respeito da perda de propriedade e corrupção do sangue, ver *id.* *388-96. Não é de se estranhar, portanto, que, entre as poucas proteções específicas incorporadas à Constituição original, estavam aquelas que definem minuciosamente a traição, estabelecem garantias procedimentais para os condenados por traição e proibem a extensão da desonra e a corrupção do sangue como punições indiretas sobre a família ou os descendentes daqueles condenados por traição.

¹⁵ Toda prática interpretativa tem lugar em algum contexto. Entre os críticos recentes, Stanley Fish tem sido insistente como ninguém a respeito da predominância dos contextos institucionais,

Entendimentos constitucionais revolucionários são comumente firmados em sangue. Neles, a violência do direito assume sua forma mais flagrante. Mas a relação entre interpretação jurídica e imposição de dor também é efetiva nos atos legais mais rotineiros. O ato de sentenciar um réu culpado está entre os atos mais rotineiros que os juízes realizam.¹⁶ Ainda assim, é imensamente revelador o modo como a interpretação é marcada de forma distinta pela violência. Em primeiro lugar, examinemos o acontecimento do ponto de vista do acusado. O mundo do acusado encontra-se ameaçado. Mas ele se senta, geralmente calado, como se estivesse engajado em um discurso civilizado. Se condenado, o réu habitualmente caminha sob escolta até o confinamento prolongado, geralmente sem perturbar significativamente a aparência civilizada da ocasião. Obviamente, é grotesco pressupor que a fachada de civilização é “voluntária”, exceto no sentido de que ela representa o reconhecimento autônomo, por parte do réu, da esmagadora manifestação de violência ordenada contra ele e da impossibilidade de resistir ou protestar.¹⁷

mesmo na compreensão de textos literários. Ver, *em termos gerais*, S. FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS? (1980); Fish, Fish v. Fiss, 36 STAN. L. REV. 1325, 1332 (1984) (“Estar (...) ‘profundamente dentro’ de um contexto é estar sempre pensando (e percebendo) de acordo e dentro das normas, standards, definições, hábitos e objetivos implícitos que tanto definem como são definidos por esse contexto.”). Eu não desejo disputar o argumento central de Fish sobre a literatura. No entanto, penso que as instituições desenhadas para realizar futuros normativos em parte por meio da prática de violência coletiva encontram-se em uma posição um tanto diferente daquelas que comportam uma relação apenas remota ou incidental com a violência da sociedade. Estou disposto a acolher visões como a de Fredric Jameson, que argumenta pela “prioridade da interpretação política dos textos literários”. F. JAMESON, THE POLITICAL UNCONSCIOUS: NARRATIVE AS A SOCIALLY SYMBOLIC ACT 17 (1981). Mas enquanto reivindicam uma posição especial à compreensão política da nossa realidade social, tais visões de forma alguma afirmam sobre as interpretações literárias o que estou afirmando sobre a interpretação jurídica – que ela é parte da *prática* de violência política.

¹⁶ Utilizei o direito penal como exemplo ao longo desse ensaio por uma simples razão. A violência do direito penal é relativamente direta. Se meu argumento não for persuasivo nesse contexto, o será menos na maior parte dos outros contextos. Aceitaria argumentar que todo o direito relativo à propriedade, seu uso e sua proteção, tem uma base similarmente violenta. Mas em muitas – talvez na maioria – das transações legais visíveis relativas a direitos de propriedade, essa base violenta não está imediatamente em debate. Meu argumento não requer, eu acredito, que toda ocorrência interpretativa no direito tem o tipo de impacto violento direto sobre seus participantes que o direito penal tem. É suficiente notar que, quando pessoas se importam apaixonadamente com os resultados pretendidos e estão preparadas para agir em seu interesse, os oficiais da lei do Estado-nação estão geralmente dispostos e aptos a usar sanções tanto penais como de violência civil para controlar suas condutas.

¹⁷ Poucos acusados que alcançaram seu entendimento próprio sobre a ordem jurídica tentaram abertamente negar a ficção de que o julgamento é um ato civil coletivo ou comunitário em que interpretações sobre fatos e conceitos jurídicos são testados e refinados. Adotar um curso de ação tão aberto termina com o acusado sendo fisicamente contido e silenciado. Bobby Seale ensinou aos que viveram durante os anos 1960 que o controle físico do tribunal sobre o corpo do acusado encontra-se no centro do processo penal. A “conduta civilizada” do acusado, portanto, jamais significa um entendimento comum sobre a ocasião; pode, sim, significar seu

Existem sociedades onde o arrependimento ou a vergonha controlam em maior grau o comportamento dos acusados do que a violência. Tais sociedades exigem e têm recebido formas próprias de análise.¹⁸ Mas eu penso ser inquestionável o fato de que, nos Estados Unidos, a maioria dos prisioneiros caminha em direção à prisão porque eles sabem que serão arrastados ou espancados até ela se não o fizerem. Eles não juntam forças contra serem arrastados pois sabem que, se promoverem uma batalha desse tipo, perderão, muito provavelmente, suas próprias vidas.

Se posso ter mostrado algum tipo de simpatia em relação às vítimas dessa violência, trata-se de um engano. Com grande frequência, o equilíbrio de terror é, nesse tipo de situação, justamente como eu queria que fosse. Não espero, porém, que façamos de conta de que convencemos nossos prisioneiros a irem até a prisão por meio de palavras. As “interpretações” ou “conversações” que são pré-condições para o encarceramento violento são, elas próprias, instrumentos de violência. Tornar esse fato obscuro é exatamente análogo a ignorar os gritos de fundo ou os instrumentos de tortura visíveis no interrogatório de um inquisidor. A experiência do prisioneiro é, desde o princípio, a experiência de ser violentamente dominado, marcada desde o início pelo medo de ser violentamente tratado.¹⁹

A violência presente no ato de sentenciar é mais evidente quando observada da perspectiva do acusado. Dessa forma, qualquer versão que trate de minimizar a violência, ou de elevar o caráter interpretativo ou significativo do acontecimento dentro de uma comunidade de valores compartilhados, tenderá a ignorar o réu ou prisioneiro e a focar no juiz e no ato interpretativo judicial. Começando por categorias interpretativas amplas como “culpa” ou “punição”, cria-se todo um significado para que o juiz justifique, a si próprio e aos outros, seu papel nos atos de violência. Não desejo minimizar aqui a significância das funções ideológicas do direito. Mas a função da ideologia que consiste em justificar a ordem para aqueles que dela se beneficiam e que precisam defendê-la é

medo de que qualquer manifestação pública sua interpretando a ocasião como uma “besteira” terminará com a perpetração de violência contra ele, de imposição de dor sobre ele. Nosso direito constitucional, naturalmente, prevê o uso calibrado de graus ascendentes de violência manifesta para manter a “ordem” do julgamento. Ver, p. ex., *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970); Tigar, *The Supreme Court, 1969 Term-Foreword: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel*, 84 HARV. L. REV. 1, 1-3, 10-11 (1970) (comentando em parte o caso *Allen*).

¹⁸ Sobre a distinção entre “culturas da vergonha” e “culturas da culpa”, ver, *em termos gerais*, E. DODDS, *THE GREEKS AND THE IRRATIONAL* (1951), e J. REDFIELD, *NATURE AND CULTURE IN THE ILIAD* (1975). Para uma análise moderna de uma “cultura da vergonha”, ver R. BENEDICT, *THE CHRYSANTHEMUM AND THE SWORD: PATTERNS OF JAPANESE CULTURE* (1946).

¹⁹ Esse argumento e outros bastante similares aparecem rotineiramente na literatura saída de dentro das prisões. Ver, p. ex., E. CLEAVER, *SOUL ON ICE* 128-30 (1968); J. WASHINGTON, *A BRIGHT SPOT IN THE YARD: NOTES & STORIES FROM A PRISON JOURNAL* 5 (1981).

muito mais significativa do que a de esconder a natureza de tal ordem daqueles que são suas vítimas.

A ideologia da punição certamente não é propriedade exclusiva dos juízes. Esse conceito opera na cultura em geral e é inteligível e compartilhado tanto por prisioneiros, criminosos e revolucionários como por juízes. Por que então não deveríamos concluir que a interpretação é o conceito principal do direito, e que a tarefa interpretativa de compreender a “punição” pode ser vista como algo mediando ou dando conta dos atos e experiências opostos do juiz e do acusado no processo penal? Naturalmente, quem vai ser punido deve ser coagido. E a punição, se for “justa”, supostamente legitima a coerção ou violência aplicada. A ideologia da punição pode, então, operar de forma bem-sucedida, a fim de justificar nossas práticas de direito penal a nós mesmos e, possivelmente, também àqueles que serão ou podem ser “punidos” pelo direito.

Existe, contudo, uma diferença fundamental entre a maneira pela qual a “punição” opera como ideologia na literatura popular ou profissional, no debate político e no discurso geral, e a maneira pela qual opera no contexto dos atos processuais legais, na imposição da sentença e na execução penal. Pois quando um juiz interpreta utilizando o conceito de punição, ele também atua – por meio de outras pessoas – de modo a conter, ferir, tornar indefeso ou até matar o prisioneiro. Assim, o sentido comum presente em qualquer comunhão que a interpretação puder ou não atingir é destruído pelas experiências divergentes que o constituem. Do mesmo modo que torturador e vítima alcançam um mundo “compartilhado” apenas em virtude de suas experiências diametralmente opostas, juiz e prisioneiro também compreendem a “punição” por meio de experiências diametralmente opostas sobre o ato de punir. Em última análise, é irrelevante se o torturador e sua vítima compartilham uma visão teórica comum sobre as justificativas da tortura fora do lugar onde ela acontece. Eles ainda podem chegar à confissão de maneiras distintas: de um lado, destruindo; do outro, sendo destruído. De forma semelhante, se o juiz e o prisioneiro compartilham ou não a mesma filosofia sobre a punição, eles chegam ao ato particular de punição respectivamente dominando e sendo dominados pela violência.

II. OS ATOS DOS JUÍZES: INTERPRETAÇÕES, AÇÕES E PAPÉIS

Começamos então não com aquilo que os juízes dizem, mas com aquilo que eles fazem.

Os juízes distribuem dor e morte.

Isso não é tudo que eles fazem. Talvez não seja o que geralmente fazem. Mas eles distribuem, sim, dor e morte. De John Winthrop a Warren Burger, eles se sentaram sobre uma pirâmide de violência, distribuindo...

Nisso eles diferem dos poetas, dos críticos e dos artistas. Não adianta insistir na violência da poesia forte, dos poetas fortes. Mesmo a violência dos juizes mais fracos é totalmente real – uma realidade simples, mas imediata, que prescinde de interpretação ou crítica para ser revelada.²⁰ Todo prisioneiro carrega a marca dessa violência. O ponto agora não é se a violência dos juizes é justificada, mas que ela de fato existe e é distinta da violência existente na literatura ou nas caracterizações metafóricas de críticos literários e filósofos. Escrevi em outra oportunidade que os juizes estatais são jurispáticos – que eles eliminam as diversas tradições jurídicas que competem com o Estado.²¹ Aqui, no entanto, não estou escrevendo sobre a qualidade jurispática do ofício, mas sobre seu potencial homicida.²²

²⁰ Sobre a violência que os poetas fortes exercem sobre seus ancestrais literários, ver H. BLOOM, *THE ANXIETY OF INFLUENCE* (1973), H. BLOOM, *THE BREAKING OF THE VESSELS* (1982), e boa parte dos trabalhos de Bloom desde *Anxiety*. Os juizes, como todos os leitores e escritores de texto, exercem violência sobre seus antepassados literários – melhor dizendo, judiciais. Para uma interessante aplicação da tese central de Bloom ao direito, ver D. Cole, *Agon and Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition*, 95 *YALE L.J.* 857 (1986). Cole reconhece que a conexão do direito com a violência distingue a interpretação jurídica da literária, embora infelizmente não desenvolva esse ponto. *Id.*, p. 904.

A ansiedade da influência jurídica foi declarada de forma apta e satisfatória um pouco antes por Learned Hand em seu tributo a Cardozo, *Mr. Justice Cardozo*, 39 *COLUM. L. REV.* 9 (1939). Meu ponto aqui não é o de que os juizes não produzem o tipo de violência figurada que os poetas produzem a seus pares literários, mas de que eles executam – além disso – uma forma muito mais literal de violência através de suas interpretações, forma essa que os poetas não compartilham. É algo significativo e frequentemente referido que a conexão imediata entre juiz e violência da punição mudou ao longo dos séculos. Ver, e.g., M. FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON* (Tradução A. Sheridan, 1977). Nos Estados Unidos de hoje, certamente a responsabilidade óbvia do juiz pela violência da punição requer uma apreciação – que todos que vivem nessa sociedade adquirem – da forma de ação organizacional. Nesse sentido, uma realidade “simples” não deve ser tomada como muito significativa. Não é necessária nenhuma sofisticação para compreender a violência de julgar, mas também não é uma forma simples de violência como seria se os juizes executassem suas próprias sentenças. Sobre as implicações desse ponto, ver *infra* p. 1626-27.

²¹ Cover, *supra*, nota 2, p. 40-44.

²² A violência dos juizes e agentes públicos de uma ordem constitucional posta geralmente é entendida como implícita na prática do direito e do governo. A violência é tão intrínseca a essa atividade, tão dada como certa, que sequer precisa ser mencionada. Leia-se a Constituição, por exemplo. Em nenhum lugar ela estabelece, como princípio geral, o óbvio – que o governo que ela ordena e estabelece tem o poder de praticar violência contra seus cidadãos. Essa proposição geral não precisa ser estabelecida, pois está subentendida na própria ideia de governo. Também se encontra, é claro, diretamente implícita em muitos dos poderes específicos garantidos ao governo em geral ou a algum órgão ou agente específico. Por exemplo, U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 1 (“Poder de decretar e coletar impostos (...) e promover a Defesa comum”); *id.*, cl. 6 (“Promover a punição de falsificadores”); *id.*, cl. 10 (“Definir e punir atos de pirataria”); *id.*, cl. 11 (“Declarar guerra”); *id.*, cl. 15 (“Dispor sobre a convocação de milícias a fim de executar o direito da União, suprimir insurreições e repelir invasões”); *id.*, art. IV, § 2, cls. 2-3 (obrigação de entregar fugitivos da justiça e do cumprimento de serviços em outros estados).

A ênfase dual sobre os atos dos juízes e sobre a violência desses atos leva a considerar três características da dimensão interpretativa do comportamento judicial. A interpretação jurídica é (1) uma atividade prática, (2) desenhada para gerar ameaças críveis e atos reais de violência (3) de maneira efetiva. De modo a explorar a conexão inseparável entre interpretação jurídica e violência, cada um desses três elementos deve ser examinado separadamente.

A. Interpretação jurídica como uma atividade prática

A interpretação jurídica é uma forma de conhecimento prático.²³ Em sua melhor forma, trata-se de “impor sentido sobre a instituição (...) e então reestruturá-la à luz desse sentido”.²⁴ Existe, porém, uma lacuna permanente entre pen-

²³ Sobre conhecimento prático, ver ARISTÓTELES, ÉTICA A NICÔMACO, 1140a(24) a 1140b(30).

²⁴ R. DWORKIN, *supra* nota 2, p. 47. A obra de Dworkin, celebrando o que ele chama de “integridade” ou interpretação coerente e consistente, insere-se em uma longa tradição de trabalhos que desenvolvem o *insight* fundamental de Aristóteles acerca da natureza da deliberação. Aristóteles designou o vasto campo da deliberação normativa, constitutiva da interpretação jurídica, como conhecimento prático ou *phronesis*, distinguindo-o do conhecimento especulativo. ARISTÓTELES, *supra*, nota 23, 1139b(14) a 1140b(30). Sobre a *phronesis*, ver também H. ARENDT, WILLING, p. 59-62 (1977). O conhecimento prático, de acordo com Aristóteles, é uma forma de entendimento aplicado: ao contrário do conhecimento científico, não consiste em verdades preexistentes. Ele envolve deliberação – uma atividade que não possui sentido em relação à verdade lógica. A deliberação se ocupa da relevância de entendimentos que se sucedem por meio de uma “descoberta” reflexiva do que ficou implícito em entendimentos passados. O conhecimento técnico também possui um caráter aplicado, mas o conhecimento prático, por estar em uma esfera normativa, não pode ser medido por um padrão exterior como a utilidade, uma vez que consiste na aplicação da razão à constituição do ser.

Hans Georg Gadamer elevou tais características do conhecimento prático ao lugar central do que chamou de “ciências humanas”. H. GADAMER, TRUTH AND METHOD p. 5-10 *passim*. (G. Barden & J. Cumming eds. 2d ed. 1975). Gadamer sustenta que o exemplo mais claro destes atos interpessoais e construtivos de entendimento – hermenêutica ou interpretações – é o que ele chamou de “dogmática jurídica”. O projeto de Gadamer pode ser entendido, em certa medida, como uma tentativa de compreender todo o entendimento humano em termos de *phronesis*; ou seja, tomar a categoria de pensamento aplicado que define nossa situação como atores morais e generalizar tal situação de modo a incluir todos os aspectos da vida. “A compreensão é, portanto, um caso particular de aplicação de algo universal a uma situação particular”. *Id.*, p. 278.

Para Gadamer, Aristóteles é a fonte – aquele que posicionou ação e vontade no centro da filosofia moral. “A descrição aristotélica do fenômeno ético e especialmente da virtude do conhecimento moral (...) é de fato uma espécie de modelo dos problemas hermenêuticos (...) A aplicação não é uma parte subsequente ou meramente ocasional do fenômeno da compreensão, mas a codetermina como um todo desde o princípio”. *Id.*, p. 289. Gadamer vai além de Aristóteles ao incorporar o *insight* fundamental de Heidegger de que estamos sempre situados no mundo, construindo os mundos futuros que haveremos de habitar. Essa construção se dá por meio da interpretação, que é simultaneamente uma descoberta daquilo que sabemos e uma nova compreensão desse “saber”, que nos permite descobrir mais sobre aquilo que sabemos. A

samento e ação. Uma coisa é entender o que deveria ser feito; outra coisa, bem diferente, é fazê-lo. O fazer envolve um ato de vontade e pode requerer coragem e perseverança. No caso das ações de um indivíduo, pensamos comumente que tais qualidades são funções da motivação, do caráter ou da psicologia.

Mas a interpretação jurídica é uma atividade prática em um sentido completamente distinto. A palavra judicial é um mandado para que outros façam. Não fosse assim, os objetivos práticos do processo deliberativo seriam alcançados apenas por meios indiretos e arriscados – se é que seriam. O contexto de um pronunciamento judicial é o do comportamento institucional em que se espera que outras pessoas, ocupando cargos preexistentes, ajam, implementem ou, de algum modo, respondam de forma específica à interpretação do juiz. Assim, o contexto institucional une o ato linguístico de entendimento prático aos atos físicos de outras pessoas de uma maneira previsível, ainda que não logicamente necessária.²⁵ Essas interpretações não são, portanto, apenas de caráter “prático”, mas são, elas próprias, práticas.

partir de Heidegger, Gadamer postula a unidade de toda hermenêutica, de toda atividade interpretativa. Pois toda compreensão é uma construção tanto de si como do mundo, que é em certa medida prática e social e, portanto, jamais divorciada da ética.

A prática da interpretação jurídica pelo juiz não é diferente de qualquer outro exercício hermenêutico. Ela exemplifica os efeitos mútua e reflexivamente construtivos do texto, da compreensão prévia do texto (tradição), da aplicação presente e da compreensão-como-aplicação, e do comprometimento futuro. E a dogmática jurídica é, para Gadamer, o “modelo para unidade do interesse dogmático e histórico e por isso também para a unidade da hermenêutica como um todo”. J. WEINSHEIMER, GADAMER'S HERMENEUTICS, A READING OF *Truth and Method*, p. 194 (1985).

A fixação da dogmática jurídica, por Gadamer, no centro da iniciativa geral de compreensão das ciências humanas, representa um convite – ou talvez uma tentação – àqueles teóricos do direito que concebem o direito como a construção de um sistema de significado normativo. Se o mundo inteiro das humanidades – ou seja, as muitas formas de atividade interpretativa – pode ser entendido em termos jurídicos, então seria possível colocar esse elemento interpretativo comum no centro do próprio direito. Esse parece ter sido, de fato, o efeito do lento desenrolar de ideias sobre a interpretação na teoria do direito norte-americana.

Ronald Dworkin sintetiza tais ideias interpretativistas em seu novo trabalho, *Law's empire*. R. DWORKIN, *supra*, nota 2. *Law's empire* é uma importante elaboração da forma reflexiva e deliberativa do conhecimento prático enraizada na *phronesis* aristotélica. Também parte da crítica anterior de Dworkin ao positivismo jurídico, apresentando a “interpretação” como a atividade central da atuação judicial enquanto coloca a própria atuação judicial no centro do direito. Concordo totalmente de que a forma predominante do pensamento jurídico deveria ser interpretativa, no amplo sentido do termo. No entanto, a emergência da interpretação como um elemento central não reflete, por si mesma, acerca da forma pela qual os atos interpretativos dos juízes são simultaneamente enunciados performativos em uma estrutura institucional configurada para o comportamento violento.

²⁵ Poderia se dizer que as instituições criam o contexto para transformar o contingente em necessário. Ver H. ARENDT, *supra*, nota 24, p. 14; ver também J. SEARLE, *SPEECH ACTS* (1969).

Formalmente, tanto a nível normativo ou descritivo, existem ou podem existir regras e princípios que descrevam a relação entre os atos interpretativos dos juizes e as ações subsequentes que podem ser esperadas. Essas regras e princípios constituem o que H.L.A. Hart chamou de “regras secundárias”.²⁶ Ao menos algumas regras e princípios secundários identificam os termos de cooperação entre os especialistas em interpretação e outros atores em uma organização social. Os materiais secundários prescritivos pretenderiam definir as normas que regulam tais relações; as regras e princípios secundários descritivos forneceriam uma previsão exata acerca dos termos da cooperação. Obviamente, em qualquer sistema determinado não é preciso haver nenhum grau particular de correspondência entre esses dois conjuntos de regras.

As regras e princípios secundários fornecem o modelo para transformar linguagem em ação, palavra em ato. Como tal, ocupam uma posição central na análise da interpretação jurídica aqui proposta. O filósofo do direito pode nos mostrar um modelo de juiz hipotético capaz de alcançar um entendimento hercúleo da totalidade de textos jurídicos e sociais relevantes para um caso particular e, a partir desse entendimento, chegar à única resposta juridicamente correta.²⁷ Mas esse ato interpretativo mental não pode dar efeito a si próprio. A prática da interpretação requer a compreensão do que outras pessoas farão a partir do pronunciamento judicial e, em muitos casos, um ajuste conforme tal compreensão, não importa quão errada se imagine que a resposta institucional esperada será. Na falta disso, o intérprete sacrifica a conexão entre a compreensão do que deveria ser feito e o próprio ato. Mas preencher a lacuna entre pensamento e ação em um sistema jurídico nunca é simplesmente uma questão de vontade. O intervalo entre compreensão e ação corresponde, aproximadamente, às diferenças entre papéis institucionais e à divisão de trabalho e de responsabilidade que esses papéis representam. Assim, o que poderia ser descrito como um problema de vontade no que diz respeito ao indivíduo se torna primordialmente um problema de organização social em um contexto institucional. Em outro

²⁶ H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 77-106 (1961). Dworkin habilmente desafiou o papel supostamente central das regras secundárias na teoria do direito. R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977). A crítica de Dworkin é mais reveladora ao confrontar a ideia de que as regras de reconhecimento dão conta de maneira adequada de certos princípios que têm efeito de lei. Ver também Cover, *supra*, nota 2. Entretanto, algumas regras secundárias de reconhecimento são concebidas não para reconhecer o conteúdo de regras ou princípios, mas para reconhecer resultados que devem ser alcançados. Ou seja, algumas regras secundárias organizam a cooperação social nos atos violentos do direito. Em geral, as regras secundárias que organizam a violência jurídica são mais claras e hierárquicas do que aquelas que organizam a parte conceitual do direito. Para uma excelente consideração sobre a importância da posição de Dworkin para a viabilidade do positivismo jurídico enquanto sistema, ver Coleman, *Negative and Positive Positivism*, 11 J. LEG. STUD. 139 (1982).

²⁷ Ver R. DWORKIN, *supra*, nota 26, p. 105-30; ver também *infra*, nota 61.

trabalho, denominei a compreensão especializada dessa relação – entre a interpretação do juiz e a organização social exigida para transformá-la em realidade – como hermenêutica dos textos da jurisdição.²⁸ Essa compreensão especializada deve repousar no centro da atividade oficial de julgar.

B. Interpretação dentro de um sistema desenhado para gerar violência

O abismo entre pensamento e ação alarga-se sempre que uma violência grave está em questão. Isso porque, para a maioria de nós, considerações evolutivas, psicológicas, culturais e morais nos inibem a infligir dor sobre outras pessoas. Por óbvio, essas restrições não são absolutas nem universais; existem alguns indivíduos desviantes cujo comportamento é inconsistente com tais inibições.²⁹ Além disso, quase todas as pessoas são fascinadas e atraídas pela violência, ainda que ao mesmo tempo a repugnem.³⁰ Finalmente, e mais importante para nossos propósitos, é que estímulos sociais podem fazer com que quase todas as pessoas vençam ou suprimam a repulsa à violência sob certas circunstâncias.³¹ Essas limitações não denegam a força das inibições contra a violência. Na verdade, ambas criam as condições sem as quais o direito seria desnecessário ou impossível. Se a inibição contra a violência fosse perfeita, o direito seria desnecessário; se ela não fosse capaz de ser superada por meio de signos sociais, o direito não seria possível.

Dado que a interpretação jurídica é uma prática incompleta sem a violência – dado que ela depende da prática social de violência para ser efetiva – ela deve

²⁸ Cover, *supra*, nota 2, p. 53-60.

²⁹ Há pessoas cujo comportamento é não só violento em relação a outros, como aparentemente negligente quanto às consequências violentas sobre elas mesmas. Esse comportamento é frequentemente acompanhado de uma estranha falta de emoção. A classificação dessas pessoas como portadores de doenças mentais é tema de grandes disputas. Não obstante, atualmente há uma variedade de rótulos que podem ser aplicados, com base em uma ou outra autoridade. Ver, e.g., AM. PSYCHIATRIC ASSOC., DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 317-21 (3d ed. 1980) (diagnosticando pessoas similares às descritas acima como sofrendo de “desordem de personalidade antissocial”). Para algumas classificações anteriores, ver W. McCORD & J. McCORD, THE PSYCHOPATH 39-55 (1964).

³⁰ Ver, e.g., C. FORD & F. BEACH, PATTERNS OF SEXUAL BEHAVIOR 64-65 (1951) (com variadas respostas culturais que ligam a dor à sexualidade). Se há uma atração profunda sado-masoquista à dor e a violência que envolva formas mais sérias de imposição ou sofrimento de dor de forma similarmente universal é uma questão controversa. A atração à violência também pode ser descrita em termos de um impulso de “agressão”. Ver, em geral, K. LORENZ, ON AGGRESSION (Trad. de M. Wilson, 1966).

³¹ Ver, e.g., S. MILGRAM, OBEDIENCE TO AUTHORITY (1974). Os experimentos de Milgram são discutidos e colocados no contexto de um corpo muito mais amplo de trabalhos experimentais e anedotas sobre tomada de decisão em I. JANIS & L. MANN, DECISION MAKING: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS OF CONFLICTS, CHOICE, AND COMMITMENT 268-71 (1977).

estar fortemente atrelada à forma pela qual os estímulos operam para evitar ou superar os mecanismos psicossociais que usualmente inibem as pessoas a causarem dor e morte. As interpretações que provocam violência são distintas dos atos violentos que elas provocam. Quando os juízes interpretam o direito em um contexto oficial, esperamos que eles revelem ou estabeleçam uma relação estreita entre suas palavras e os atos que elas ordenam. Ou seja, esperamos que as palavras dos juízes funcionem como gatilhos virtuais para a ação. Não esperaríamos, por exemplo, contemplações ou deliberações, por parte de carcereiros ou de diretores prisionais, que venham a interferir na ação autorizada pelas palavras judiciais. Mas tornar esse comportamento violento rotineiro requer uma forma de organização que opere simultaneamente nos domínios da ação e da interpretação. Para que possamos compreender a violência do ato interpretativo de um juiz, devemos compreender também como ele é transformado em um ato violento a despeito da resistência geral em relação a tais atos. Para que possamos compreender o significado desse ato violento, devemos compreender também em que medida a interpretação do juiz o autoriza e o legitima.

Ainda que dificilmente seja possível sugerir uma revisão exaustiva das formas pelas quais a organização do sistema jurídico opera de modo a facilitar a superação de inibições contra violências internas específicas, gostaria de apontar alguns códigos sociais que limitam essas inibições. A literatura da psicologia social é útil aqui. *Obedience to authority*, de Stanley Milgram, é o mais conhecido estudo – e teoria – sobre códigos sociais e seu papel na superação de inibições normais à imposição de dor por meio da violência.³² Nos experimentos de Milgram, indivíduos administravam o que eles pensavam ser choques elétricos realmente dolorosos em pessoas que eles pensavam ser os objetos da investigação. Isso era feito sob a direção ou as ordens dos supostos investigadores. Os verdadeiros objetos da investigação – aqueles que administravam os choques – mostraram um nível perturbadoramente alto de complacência em relação às figuras de autoridade, a despeito da dor aparente mostrada pelos falsos investigados. A partir dos resultados desse experimento, Milgram formulou uma teoria que, em certos aspectos, é incompleta. A parte mais desenvolvida da teoria depende fortemente da distinção por ele traçada entre agir em um estado “autônomo” e agir em um estado “como agente”. Milgram postula a evolução de uma disposição humana a agir “como agente” dentro de hierarquias, dado que os membros de hierarquias organizadas eram tradicionalmente mais aptos a sobreviver do que os membros de grupos sociais menos organizados. Paralelamente, a “consciência” ou “superego” evoluiu em resposta à necessidade de comportamentos ou julgamentos autônomos, dada a evolução das estruturas sociais. É esse comporta-

³² S. MILGRAM, *supra*, nota 31.

mento autônomo que inibe a imposição de dor sobre outras pessoas. Mas quando os indivíduos atuam dentro de uma estrutura hierárquica, a regulação do comportamento individual autônomo deve poder ser suprimida ou subordinada às características do comportamento como agente.³³ Para além de suas teorias sobre mecanismos de evolução específicos da espécie, Milgram também assinala formas específicas individuais e culturais de aprendizado e condicionamento para comportar-se como agente dentro de estruturas hierárquicas. Desse modo, os “sistemas institucionais de autoridade” têm um papel central na explicação de Milgram sobre o “comportamento como agente”, na medida em que eles produzem os estímulos necessários para a passagem do comportamento autônomo para o comportamento como agente, exigida ciberneticamente para que as hierarquias funcionem.³⁴ De acordo com Milgram, os estímulos para superar o comportamento autônomo ou “consciência” consistem em comandos, ordens e sinais institucionalmente sancionados, dados por autoridades institucionalmente legitimadas, que caracterizam as organizações humanas hierárquicas.³⁵

Há certamente uma variedade de formas alternativas pelas quais é possível conceituar a facilitação da violência via papéis institucionais. É possível apontar, por exemplo, para a teoria segundo a qual o ser humano possui uma tendência natural, um impulso instintivo para a agressão, e que a variedade de comportamentos aprendidos mantém a agressão dentro de certos limites. As ocasiões para violência institucionalmente delimitadas podem, então, ser vistas como escapes para as agressões que normalmente tenderíamos a exercer se não houvesse restrições. De uma perspectiva psicanalítica, alguns estudiosos têm admitido a hipótese de que as estruturais formais dispostas para a perpetração de violência permitem que muitos indivíduos evitem satisfazer seus desejos agressivos, ao “delegar” atividades violentas a outras pessoas.³⁶

³³ *Id.*, p. 135-38. Milgram chega a sugerir a presença de reguladores neuroquímicos em tal subordinação.

³⁴ *Id.*, p. 123-64.

³⁵ *Id.* at 125-30, 143-48. Milgram também sujeita sua teoria de forma muito apropriada à questão de saber se o comportamento descoberto em seus experimentos não poderia ser melhor explicado postulando-se um impulso ou tendência geral à agressão que é inato ao ser humano, e que acaba normalmente suprimido por fatores sociais. Os experimentos poderiam então ser entendidos como oportunidades criadas pela remoção de constrangimentos sociais, de forma que uma agressão preexistente emerja. *Id.*, p. 165-68. Não está claro que as duas teorias sejam mutuamente excludentes.

³⁶ Anna Freud segue Stone ao chamar o fenômeno de “delegação”. “O indivíduo nega a si próprio a satisfação de desejos agressivos, mas concede permissão para que alguma instância superior como o Estado, a polícia, os militares ou as autoridades jurídicas o façam”. A. Freud, *Comments on Aggression*, em *PSYCHOANALYTIC PSYCHOLOGY OF NORMAL DEVELOPMENT* 161 (1981) (Vol. VIII of *THE WRITINGS OF ANNA FREUD*). Sou grato a Diane Cover por essa referência.

Existe uma enorme diferença entre a teoria da violência institucionalizada de Milgram e a de Anna Freud ou a de Konrad Lorenz, bem como das suposições sobre a natureza humana que as orientam. Mas algo comum a todas elas é a observação de um comportamento que requer uma explicação. Pessoas que agem dentro de organizações sociais que exercem autoridade agem violentamente sem experimentar as inibições normais ou o grau habitual de inibição que regula o comportamento daqueles que agem de forma autônoma. Quando os juízes interpretam, desencadeiam de forma semelhante comportamentos “como agente” dentro de determinada instituição ou organização social. Em certo nível, os juízes parecem estar – ou podem de fato estar – oferecendo seus entendimentos sobre o mundo normativo a seu público destinatário. Em outro nível, porém, estão acionando um mecanismo violento por meio do qual uma parte substancial de seu público perde a capacidade de pensar ou agir autonomamente.

C. Interpretação e a organização efetiva da violência

Um terceiro fator separa a autorização de violência como um exercício deliberativo e interpretativo do ato propriamente dito. A vítima raramente sofre os atos de violência fora de um arranjo de dominação.³⁷ Esse arranjo pode ser ma-

³⁷ Meu colega Harlon Dalton relata uma visão comum a algumas pessoas que já trabalharam para juízes do Segundo Circuito do Tribunal de Apelações: em seus assentos, os juízes parecem relutantes a confirmar condenações quando creem que o réu se encontra na sala de audiências. Dalton sugere duas razões para a tendência em tomar decisões de forma reservada nesses casos. Primeiro, o desejo dos juízes de dar uma aparência de deliberação de forma a minimizar, na medida do possível, a satisfação do derrotado com o resultado; segundo, e mais importante, o desejo dos juízes de evitar que um réu irado (cujas inibições contra a perpetração de violência não são como poderiam ser) decida “se aproximar do assento” do juiz, por assim dizer. Dalton relata uma cena que testemunhou quando trabalhou para um então novo juiz de distrito, que cometeu o erro de pronunciar uma sentença na pequena sala das togas atrás da sala de audiências (A sala de audiências estava temporariamente indisponível por alguma razão). O requerimento do réu para que sua família presenciasse a condenação foi obviamente concedido. Como resultado, o juiz teve de confrontar uma esposa em prantos, crianças abatidas, um advogado capaz de agir de forma emotiva em um espaço tão íntimo e um réu que podia manifestar sua insatisfação ao juiz olho no olho, a uma distância de, no máximo, dez passos. Foi então impossível ao juiz se esconder ou se isolar da violência que fluiria das palavras que estava prestes a proferir, de forma que ele estava visivelmente abalado quando pronunciou a sentença. Mesmo assim, nem ele nem Dalton estavam preparados para o que viria a seguir. O réu começou a alternar gritos e súplicas para que o juiz mudasse de ideia; sua esposa começou a soluçar alto; o réu avançou para a frente sem um propósito aparente em sua cabeça senão, literalmente, o de se aproximar do juiz que estava fazendo aquela coisa horrível com ele. Uma vez que a disposição dos assentos na sala das togas não fora concebida com questões de segurança em mente, o oficial levou um ou dois instantes – longos um ou dois instantes – para conter o réu. E então, uma vez que a única saída da sala ficava atrás de onde o réu e sua família estavam sentados, o juiz teve de esperar até que eles fossem, respectivamente, forçados e compelidos a deixar o recinto antes que ele pudesse sair – o que o fez testemunhar,

nifestamente coercitivo e violento ou pode ser produto de um histórico de violência que condiciona as expectativas dos atores. A imposição de violência depende da satisfação de pré-condições sociais para ser efetiva. Poucos de nós somos suficientemente valentes ou imprudentes para *agir* violentamente de forma intransigente e por princípio, sem prestar atenção às respostas prováveis daqueles sobre os quais pretendemos impor nossa vontade.³⁸

Se a interpretação jurídica implica ação num campo de dor e morte, então podemos esperar que o ato de interpretação atente para as *condições de dominação efetiva*. Na medida em que essa dominação efetiva não estiver presente, ou nossa compreensão do direito será ajustada de forma a exigir aquilo que razoavelmente se pode esperar de pessoas em condições de represália, resistência ou vingança³⁹, ou então haverá uma crise de credibilidade. Ao longo do tempo, a lei pode vir a manter apenas uma relação incerta com os atos institucionalmente implementados que ela autoriza. Alguns sistemas, especialmente os religiosos, podem perpetuar e até se beneficiar da dicotomia entre uma lei ideal e uma realizável.⁴⁰ Mas essa dicotomia tem implicações imensas *se incorporada ao direito*. Em nosso próprio sistema jurídico secular, devemos assumir que esse seria um desenvolvimento indesejado.

D. Interpretação jurídica como interpretação constrangida

Assim sendo, a interpretação jurídica jamais pode ser “livre”; ela jamais pode ser apenas função do entendimento de um texto ou de uma palavra. Nem pode ser uma simples função do que o intérprete concebe como a mera leitura

em primeira mão, como suas palavras são traduzidas em atos. Sou grato a Harlon Dalton por esses relatos.

³⁸ É a fantasia de agir dessa maneira que desperta a atração de tantos heróis violentos. Onde sistemas de detenção e justiça de fato dependem, ou dependeram, de atos de violência altamente arriscados, há grandes tentações a evitar princípios mais elevados. Em muitas sociedades feudais, o principal problema social aparentemente não era saber como parar contendas, mas como fazer para que protagonistas relutantes agissem de forma a proteger membros vulneráveis ou vingá-los. Miller, *Choosing the Avenger: Some Aspects of the Bloodfeud in Medieval Iceland and England*, 1 LAW AND HIST. REV. 159, 160-62, 175 (1983).

³⁹ Ver o corpo da obra de Miller sobre os feudos nórdicos. *Id.*, p. 175-94. Ver também W. Miller, *Gift, Sale, Payment, Raid: Case Studies in the Negotiation and Classification of Exchange in Medieval Iceland*, 61 SPECULUM 18-50 (1986); cf. E. AYERS, VENGEANCE AND JUSTICE: CRIME AND PUNISHMENT IN THE 19TH CENTURY AMERICAN SOUTH 18 (1984) (“Honra e legalismo. . . são incompatíveis ...”).

⁴⁰ Os relatos da disputa dentro da teoria jurídica xiita sobre se seria possível estabelecer um governo declaradamente Xiita antes do advento do décimo segundo *Imam*, por exemplo, refletem essa dicotomia em um contexto religioso. Ver R. MOTTAHEDEH, THE MANTLE OF THE PROPHET: RELIGION AND POLITICS IN IRAN 172-73 (1985). De acordo com a crença xiita, apenas o advento desse “*Imam da idade*” trazia a possibilidade de uma comunidade política islâmica perfeita. *Id.*, p. 92-93.

de um “texto social” – uma leitura de todos os dados sociais relevantes. A interpretação jurídica deve ser capaz de se transformar em ação; deve ser capaz de superar as inibições contra a violência, de forma a gerar os atos por ela requeridos; deve ser capaz de reunir um grau de violência suficiente para deter represálias ou vinganças.

A interpretação jurídica deve considerar reflexivamente sua própria organização social a fim de manter suas ligações decisivas com o comportamento violento efetivo. Por meio dessa reflexão, o intérprete renuncia, assim, a uma parte de sua independência de pensamento e autonomia de julgamento, dado que o significado jurídico que algum Hércules hipotético (Hyporcules) poderia construir a partir do nosso mar de textos jurídicos e sociais é apenas um elemento dentro da prática institucional que chamamos de direito. O significado jurídico coerente é um elemento da interpretação jurídica, mas é um elemento potencialmente em tensão com a necessidade de gerar ações efetivas em um contexto violento. Nem ação efetiva nem significado coerente podem ser mantidos – juntos ou separados – sem uma estrutura completa de cooperação social. Dessa forma, a interpretação jurídica é uma forma de interpretação constrangida tanto pela aplicação prática (os atos que ela implica) como pela ecologia de papéis jurisdicionais (as condições de dominação efetiva). Os constrangimentos são recíprocos, porque os fatos de violência social, tal como os conhecemos, também devem ser inteligíveis – devem ser sujeitos tanto a interpretação como às formas de comportamento especializadas e constrangidas, os “papéis”. E o comportamento que esperamos em relação a tais papéis jamais pode existir sem as interpretações que explicam os padrões de ação ou inação forte (que, isolados, não fariam sentido) e nem pode ser inteligível sem que se compreendam os atos que eles estão destinados a realizar.

A interpretação jurídica pode ser o ato de juízes ou cidadãos, legisladores ou presidentes, de quem recusa servir ao exército ou milita contra o aborto. Cada tipo de intérprete fala a partir de um lugar institucional distinto. Cada um possui uma perspectiva diferente sobre as implicações fáticas e morais de determinada compreensão da Constituição. A compreensão de cada um irá variar conforme seus papéis e seus comprometimentos morais. Mas considerações sobre palavras, atos e papéis estarão sempre presentes em alguma medida. As relações entre esses três elementos são criadas pelo contexto violento da prática da interpretação jurídica e, portanto, constituem o aspecto mais significativo do processo interpretativo no direito.

III. INTERPRETAÇÃO E AÇÃO EFETIVA: O CASO DAS CONDENAÇÕES CRIMINAIS

O caráter constrangido da interpretação jurídica pode ser mais bem contemplado se estudarmos a fundo um ato judicial padrão – a imposição de uma

condenação criminal – a partir da perspectiva do juiz. Esse ato tem poucas das complicações sobre remédios processuais e preenchimento de papéis que tem ocupado os estudiosos da função jurisdicional, em casos que envolvem reformas institucionais ou “questões políticas” complexas que demandam a realização de ações afirmativas.⁴¹ Ao impor condenações criminais, os juízes fazem algo que está claramente dentro de sua competência. Não pretendo sugerir que não existam discordâncias sobre como o ato deveria ser conduzido – se com muita ou pouca discricionariedade, se com base em critérios objetivos e quantificáveis ou subjetivos e qualitativos. O fato é que esse ato é e há muito tempo tem sido um ato judicial, que não requer novos ou estranhos modos de interações com outros agentes públicos ou cidadãos.

Nesse ato judicial, é tomada como certa a existência de uma estrutura de cooperação que, esperamos nós, assegure a dominação efetiva da vítima da violência estatal presente e futura – o acusado que é declarado culpado. De fato, a tarefa do juiz se torna perigosa toda vez que as condições de dominação do prisioneiro e de seus aliados estiverem ausentes. Ao longo da história, presenciamos as consequências da dominação inefetiva em julgamentos ocasionais, seja em nosso país ou em variadas instâncias de outras nações.⁴² A imposição da sentença envolve, assim, policiais, carcereiros e outros agentes que irão conter o prisioneiro (ou colocá-lo à livre disposição para contencões futuras) perante a ordem do juiz, além de guardas que impedirão que o prisioneiro seja resgatado e que também protegerão o juiz, os prisioneiros, as testemunhas e os carcereiros de possíveis vinganças.

Ao impor uma sentença, o juiz normalmente toma como certa a estrutura institucional que pode ser vista, por analogia, como a “transmissão” do motor da justiça. A sentença “apropriada” que o juiz autoriza via interpretação só pode ser levada a efeito por outras pessoas: o vínculo entre palavra e ação só é obtido porque existe um sistema de cooperação social. Esse sistema garante ao juiz o

⁴¹ Meu argumento não é simplesmente o de que há algumas características especiais em alguma subclasse de casos que fazem com que seja sensato, prudente ou necessário ao juiz deixá-los a cargo de supostos desejos ou iniciativas de outros atores políticos. Em vez disso, meu ponto aqui é de que em todo ato – mesmo um que se acredita “pertencer” ao juiz – há um elemento necessário de consideração dos requisitos para transformar o pensamento judicial em ação violenta.

⁴² A dominação inefetiva resultou, por exemplo, nas medidas de segurança extraordinárias que tiveram lugar nos julgamentos mais importantes da máfia na Itália. É refletida também nas falhas da justiça de Weimar. Ver P. GAY, WEIMAR CULTURE: THE OUTSIDER AS INSIDER 20-21 (1968). Nós não deveríamos acreditar que nosso próprio sistema jurídico é inteiramente livre desses problemas. Ainda que no geral os juízes têm se saído notavelmente bem considerando o número de pessoas que eles ferem, há exemplos ocasionais de violência dirigida a juízes. E o problema da proteção de testemunhas é algo sério e persistente para o sistema de justiça criminal.

recurso a uma força considerável – as condições de dominação efetiva – caso seja necessário. Ele garante – ou se supõe que garanta – uma correspondência relativamente confiável entre a palavra do juiz e os atos executados contra o prisioneiro.

A. Revelando o fator dos papéis latentes

Se a estrutura institucional – o sistema de papéis – concede efeito ao entendimento do juiz, transformando esse entendimento “em direito”, então ela também confere significado aos atos que realizam essa transformação, legitimando-os como “jurídicos”. Uma tarefa central para o intérprete jurídico é atender os aspectos problemáticos da integração entre papéis, atos e palavras – não apenas quando a violência (isto é, a coação) carece de significado, mas também quando o significado carece de violência.

Em um país como o nosso, onde as condições de dominação estatal raramente estão ausentes, é muito fácil presumir que haverá agentes públicos fiéis dispostos a executar os decretos dos juízes, e também juízes dispostos a tornarem seus atos jurídicos. Podemos ver o quanto essa estrutura – tida como garantida – é crucial ao examinarmos um caso em que ela está ausente. As decisões do juiz Herbert Stern no caso *United States v. Tiede*⁴³ demonstram, com rara lucidez, o significado das conexões institucionais entre a palavra judicial e os atos violentos que ela autoriza.

Stern era (e é) um juiz distrital federal em Nova Jersey. Em 1979, ele foi nomeado juiz especial do Tribunal dos Estados Unidos para Berlim. Esse evento extraordinário – a única convocação do Tribunal para Berlim – era uma resposta à relutância da Alemanha Ocidental em processar dois sequestradores que haviam usado armas de brinquedo para ameaçar a tripulação de um avião polonês que ia de Gdansk em direção a Berlim Oriental, forçando-o a pousar em Berlim Ocidental. O *status* formal de Berlim como cidade “ocupada” possibilitou aos alemães colocar a responsabilidade do processo dos sequestradores-refugiados sobre os americanos.⁴⁴

Stern escreveu um informe comovente sobre o inusitado processo que se sucedeu, incluindo sua longa batalha com o governo norte-americano sobre a questão geral da aplicabilidade da Constituição dos Estados Unidos ao caso. Depois de um julgamento por júri – ao qual a acusação se opôs – e de um vere-

⁴³ 86 F.R.D. 227 (U.S. Ct. for Berlin 1979). A opinião aqui referida abrange apenas certas questões processuais que apareceram ao longo do julgamento, especialmente a questão de se os réus tinham direito a um julgamento por júri. Uma visão abrangente do julgamento e das várias decisões tomadas durante seu curso pode ser encontrada em H. STERN, *JUDGMENT IN BERLIN* (1984).

⁴⁴ H. STERN, *supra*, nota 43, p. 3-61.

dito de condenação por uma das acusações, Stern foi requisitado a realizar o “simples” ato interpretativo de impor a sentença apropriada. Com relação à interpretação dos elementos que regulavam a aplicação da pena, o ato seria de fato “simples” – o ato de aplicar uma lei alemã relativamente clara com base em uma lei norte-americana também clara sobre tribunais de ocupação.⁴⁵

Stern ilustrou de forma brilhante os defeitos dessa cadeia de raciocínios. O ato de interpretação judicial que define a sentença se traduz por um ato – a execução real de violência punitiva sobre um acusado. Mas esses dois elementos – palavra judicial e ato punitivo – somente estão conectados pela cooperação social de muitas pessoas que, dentro de seus papéis como advogados, policiais, carcereiros ou guardas, executam os atos que as palavras judiciais autorizam. A cooperação entre esses agentes públicos é, em geral, simplesmente pressuposta; mas, certamente, as condições que normalmente garantem o êxito dessa cooperação podem falhar de diversas maneiras.

O juiz Stern então sentenciou o acusado Hans Detlef Alexander Tiede da seguinte forma:

Senhores [aos advogados do Departamento de Estado e do Departamento de Justiça], eu não lhes entregarei esse acusado (...) já o mantive sob sua custódia por quase nove meses (...) Vocês me persuadiram a fazê-lo. Acredito, agora, que vocês não reconhecem qualquer limitação ao devido processo legal (....)

Não preciso ser nenhum grande profeta para compreender que não há um grande futuro para esse Tribunal dos Estados Unidos para Berlim. [Stern havia recém “ordenado” que um caso civil trazido pelos Estados Unidos ao seu tribunal não tivesse prosseguimento. O caso era uma última tentativa desesperada de um complicado processo em que o governo da Alemanha Ocidental havia adquirido uma área aberta – supostamente violando previsão do direito alemão – para a construção de um complexo habitacional para o Comando do Exército dos Estados Unidos em Berlim. Os oficiais da ocupação norte-americana recusaram permissão aos tribunais alemães para decidir o caso, pois interesses da autoridade da ocupação estavam envolvidos. O embaixador norte-americano Walter Stoessel escrevera a Stern no dia anterior ao julga-

⁴⁵ Existiam várias controvérsias interpretativas importantes envolvidas na sentença além da que foi aqui tratada: por exemplo, se uma oferta de acordo ao réu por parte da promotoria em troca da desistência de sua demanda por júri deveria operar de forma a limitar qualquer sentença a um patamar não mais severo que o acordo oferecido, *id.*, p. 344-45, e se o juiz estava obrigado a aplicar a lei alemã que estipulava uma sentença mínima obrigatória de três anos para a ofensa que Tiede era acusado de cometer, *id.*, p. 350-355.

mento, dizendo que “sua nomeação como juiz do Tribunal dos Estados Unidos para Berlim não se estende a esse assunto.”^{46]}

(...)

Sob tais circunstâncias, quem estará aqui para proteger Tiede se eu o entregar a vocês pelos próximos quatro anos? Se a Constituição não se aplica, e estando vocês sem qualquer tipo de restrição, quem ficará entre vocês e ele? Qual juiz? Qual magistrado independente vocês têm aqui? Qual magistrado independente vocês permitirão aqui?

Quando um juiz sentencia, ele põe o acusado sob custódia – nos Estados Unidos ele diz: ‘Eu o coloco sob custódia do Procurador Geral dos Estados Unidos’ – e etc. Aqui, eu suponho que ele diga, ‘Eu o coloco sob custódia do Comandante, do Secretário de Estado’, ou do que for (...) Eu não farei isso. Não sob essas circunstâncias (...)

Eu sentencio que o acusado cumpriu o tempo de sua pena. Você (...) é um homem livre agora.⁴⁷

A notável sentença de Herbert Stern não é simplesmente um efetivo e comovente apelo pela independência judicial, um apelo contra a subserviência que o governo tratou de impor a ele. É uma dissecação da anatomia da punição criminal em um sistema constitucional. Como tal, ela revela o papel interno da palavra judicial no ato de sentenciar. Revela a necessidade de uma estrutura de papéis latentes disposta para tornar o pronunciamento judicial moralmente inteligível. E proclama a ininteligibilidade moral dos pronunciamentos judiciais rotineiros quando essa estrutura não se encontra presente. Quase todos os pronunciamentos judiciais se transformam em atos por meio da ação de outras pessoas – atos inseridos em papéis. O juiz deve ver, como fez Stern, que o significado de suas palavras pode mudar quando os demais papéis mudam. Tendemos a assumir, de maneira irresistível, que a violência constitucional é sempre produzida dentro de limites institucionalmente sancionados e sujeita à ação de outras pessoas institucionalmente circunscritas e designadas. Stern revelou a suspeição desse pressuposto no contexto de Berlim e “reinterpretou” sua sentença de acordo com ela.⁴⁸

⁴⁶ *Id.*, p. 353.

⁴⁷ *Id.*, p. 370.

⁴⁸ O Juiz Stern enfrentou uma situação pouco usual – sem sistema judiciário independente e sem uma negativa *explícita* dos encarregados da violência oficial de que seu poder estava constitucionalmente limitado. Em certo sentido, a situação era de ausência de direito *de jure*. Mas o alcance do raciocínio de Stern extrapola o caso em questão; ele pode ser entendido de forma a incluir, por exemplo, situações de ausência de direito *de facto* presentes na vida de muitas prisões norte-americanas. Litígios sobre reformas institucionais – sejam aplicados em prisões, escolas ou hospitais – envolvem questões complexas de poder corretivo via judiciário. Muitas

B. A condenação à morte como um ato interpretativo de violência

Uma das questões mais difíceis que se coloca aos juízes é saber se a pena de morte é constitucionalmente permitida e, caso seja, se ela deve ser imposta. Enquanto sua gramática é similar à de qualquer outra sentença penal, a punição capital como ato interpretativo é única, e isso em pelo menos três formas. Primeiro, o juiz deve interpretar os textos constitucionais e outros textos que tratam das ocasiões em que a sentença capital é apropriada ou permitida. Em segundo lugar, deve compreender esses textos no contexto de uma aplicação que determina a morte de outra pessoa. Por último, deve agir de modo a pôr em movimento ações de outras pessoas que, no curso natural das coisas, terminarão com alguém matando o acusado que foi condenado. Nossos juízes *já* matam, eles próprios, os acusados. Eles sequer assistem à execução. Ainda assim, eles estão extremamente conscientes do ato que suas palavras autorizam.⁴⁹

A situação confusa e emotiva que hoje prevalece nos Estados Unidos a respeito da pena de morte é, sob várias maneiras, produto daquilo que descrevi como o caráter constrangido da interpretação jurídica – a complexa estrutura de relações entre palavra e ato. O ato de punição capital envolve, para qualquer pessoa dotada das inibições normais contra a imposição de dor e morte, uma medida especial da relutância e da repugnância que constitui o abismo a ser transposto entre interpretação e ação, uma vez que, na punição capital, a ação ou o *ato* é extremo e irrevogável, uma pressão é colocada sobre a *palavra* – a interpretação que estabelece a justificativa jurídica para o ato.⁵⁰ Ao mesmo tempo, o fato de que a punição capital constitui a manifestação mais clara, deliberada e

vezes essas questões são enquadradas como problemas de discricionariedade na administração de remédios judiciais. Quando decidem sobre a emissão de uma liminar, os juízes frequentemente “interpretam” o direito à luz das dificuldades envolvidas na execução de seus julgamentos. Mas a decisão de Stern no caso *Tiede* segue um caminho diferente. Um juiz pode ou não ser capaz de mudar os atos de violência oficial, mas sempre pode se recusar a justificar essa violência. Pode ou não ser capaz de tornar uma prisão boa, mas pode evitar sentenciar alguém a uma prisão constitucionalmente inadequada. Alguns juízes de fato seguiram esse caminho. Ver, e.g., *Barnes v. Government of the Virgin Islands*, 415 F. Supp. 1218 (D.V.I. 1976).

⁴⁹ Compare a distância prudente que os juízes hoje mantêm em relação às sentenças capitais com o espetáculo da punição capital descrito em Hay, *Property, Authority and the Criminal Law*, in *ALBION'S FATAL TREE: CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND* 28-29 (1975).

⁵⁰ Essa pressão por uma justificação mais certa da sentença de morte repousa no desenvolvimento de uma posição de “super devido processo” em relação a casos de pena capital. Ver, e.g., Radin, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death*, 53 S. CAL. L. REV. 1143 (1980) (descrevendo as garantias processuais da Suprema Corte com base na Oitava Emenda). Nenhum retrato das implicações definitivas dessa posição é tão poderoso quanto o encontrado em C. BLACK, *CAPITAL PUNISHMENT: THE INEVITABILITY OF CAPRICE AND MISTAKE* (2d ed. 1981).

consciente da interpretação jurídica como violência faz da imposição da sentença um teste especialmente forte de fé e comprometimento dos intérpretes.⁵¹ Nem mesmo a fachada de civilidade – onde ela existe – pode obscurecer a violência de uma sentença de morte.

Casos capitais revelam, portanto, muito mais sobre a estrutura da interpretação judicial que outros casos. Essa revelação é auxiliada pelo caráter combativo do direito: o acusado e seu defensor procuram e exploram qualquer parte da estrutura que possa trabalhar a seu favor. E eles o fazem em um grau extremo – em uma questão de vida ou morte.⁵²

Assim, no caso capital típico nos Estados Unidos, o juiz é constantemente lembrado daquilo que a defesa constantemente procura explorar: a estrutura de papéis interdependentes que o juiz Stern viu como potencialmente ausente em Berlim no caso *Tiede*. Vejamos. Os atores desses papéis não apenas dão efeito à decisão judicial – eles a esperam! Todos eles sabem que o juiz será chamado, de tempos em tempos, a considerar de forma exaustiva todos os caminhos interpretativos que os advogados de defesa podem tomar de forma a evitar a sentença. E eles esperam que nenhuma sentença capital seja de fato executada sem vários adiamentos substantivos, durante os quais os juízes considerarão alguma defesa que não foi completamente decidida pelo seu tribunal ou por outro.⁵³ A ação quase estilizada do drama requer que os carcereiros estejam manifestamente prontos para receber a comunicação do ato judicial – mesmo se for apenas o ato decisório de tomar ações futuramente. A suspensão da execução, embora não represente nada – literalmente nada – como ato de exegese *textual*, ainda assim constitui uma importante forma de interpretação constitucional, pois mostra

⁵¹ A proibição da pena de morte que durou décadas pode ser razoavelmente compreendida como uma falha na vontade de uma parte da maioria da Suprema Corte que, em algum momento desse período, decidiu *tanto* que não havia um impedimento constitucional à pena de morte *como* que não estavam preparados a ver os estados começarem uma série de execuções. Ao longo desse período, evidentemente, novas questões processuais foram surgindo. Mas não parece forçado supor que também havia um certo ressentimento acerca do enfrentamento das implicações da posição majoritária nessa questão constitucional. Ver Note, *Summary Processes and the Rule of Law- Expediting Death Penalty Cases in the Federal Courts*, 95 YALE L.J. 349, 354 (1985) (citando a “frequentemente incerta e tortuosa” jurisprudência da corte sobre pena capital durante esse período).

⁵² Ver, *e.g.*, *Sullivan v. Wainwright*, 464 U.S. 109, 112 (1983) (Burger, C.J., concordando com a negativa de suspensão) (O Chief Justice Burger acusou os advogados de penas capitais de transformar “a administração em uma competição esportiva”).

⁵³ A Suprema Corte atual (ou sua maioria) é bastante hostil a tais adiamentos. *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 (1983), *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862 (1983), *California v. Ramos*, 463 U.S. 992 (1983), e *Barclay v. Florida*, 463 U.S. 939 (1983) marcam uma reversão na tendência de se permitir ou encorajar uma audição completa de todas as alegações e defesas possíveis. Não obstante, mesmo com essa nova impaciência em relação ao prosseguimento da execução, é comum haver adiamentos substanciais em algum ponto anterior à execução.

que a violência do diretor prisional e do carrasco está ligada ao ato deliberado de entendimento do juiz. Como uma abertura especial, a suspensão da execução permite – ou, mais precisamente, requer – que essa inferência seja feita a partir do fracasso representado pela suspensão da execução. Esse também é o laço visível entre palavra e ato.⁵⁴ Diretores, guardas, médicos – todos eles operam no ritmo do juiz. Se o ato é executado, ele é um ato constitucional – integrado a uma compreensão própria da palavra e por ela justificado. Em suma, é a suspensão – ou o drama da possibilidade de suspensão – que faz da execução uma violência constitucional; que faz da ação um ato de interpretação.

Afinal de contas, há execuções por quase toda parte. Se pessoas desaparecem, se elas morrem subitamente e sem cerimônias na prisão, inteiramente aparte de qualquer justificação ou autorização articulada para o seu falecimento, então nós não temos uma interpretação constitucional no centro desse ato, nem temos o ato – a morte – no centro da Constituição. O problema da incapacidade ou da falta de vontade em assegurar um vínculo forte e certo entre o pronunciamento judicial e os atos violentos é característico de alguns sistemas jurídicos em certas épocas.⁵⁵ Foi característico de grande parte do sistema jurídico norte-americano às portas do século XX; o linchamento, por exemplo, foi por muito tempo considerado uma aberração propriamente norte-americana.⁵⁶ Uma aberração que tomou diversas formas, frequentemente envolvendo a punição de supostos delinquentes inteiramente fora do alcance dos tribunais. Às vezes, porém, envolveu a execução de sentenças capitais sem respeitar os processos de apelação ou recursos posteriores à condenação. Esse foi o resultado, por exemplo, do célebre caso “Leo Frank”.⁵⁷

⁵⁴ Considere as várias opiniões dos juízes em *Rosenberg v. United States*, 346 U.S. 273 (1953), abandonando, em termos especiais, a suspensão da sentença de morte que havia sido concedida pelo Juiz Douglas. Para uma análise dessas deliberações, ver Parrish, *Cold War Justice: The Supreme Court and the Rosenbergs*, 82 AM. HIST. REV. 805-42 (1977).

⁵⁵ Ver, e.g., R. BROWN, STRAIN OF VIOLENCE, HISTORICAL STUDIES OF AMERICAN VIOLENCE AND VIGILANTISM 144-79 (1975) (discutindo medidas legais em relação ao vigilantismo norte-americano).

⁵⁶ Ver R. ZANGRANDO, THE NAACP CRUSADE AGAINST LYNCHING, 1909-1950, p. 9-11 (1980).

⁵⁷ Leo Frank era um judeu nova-iorquino que administrava um fábrica de lápis na Geórgia. Ele era acusado de ter estuprado e assassinado uma jovem de 14 anos de idade que era empregada da fábrica. O julgamento (e a condenação) tiveram lugar em meio a uma atmosfera de clamor popular, de forma que o tribunal foi requerido a advertir o réu e sua defesa de que não estivessem presentes na sala de audiências quando fosse anunciado o veredito, para evitar que fossem violentamente atacados. Após a condenação de Frank, ele foi removido à força da prisão por um grupo e linchado. O caso foi fundamental para a formação da Liga Antidifamação B'nai Brith. O perdão judicial foi negado pela Suprema Corte em *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309 (1915), sob forte discordância do Juiz Holmes e do Juiz Hughes.

O fato é que temos percorrido um bom caminho, desde 1914, no que diz respeito a nossas expectativas de que as pessoas acusadas de crimes capitais tenham um julgamento, sejam apropriadamente sentenciadas e vivam para ver o tempo marcado para a execução de sua sentença. De fato, hoje esperamos uma coordenação quase perfeita entre aqueles cujo papel é o de infligir uma violência sujeita às decisões interpretativas dos juízes. Esperamos, inclusive, uma cooperação coordenada de modo a assegurar todas as interpretações jurídicas plausíveis sobre o assunto.⁵⁸

Uma forma bem coordenada da violência como essa é uma conquista. Os delicados compromissos sociais destinados a executar essa violência que é a punição capital, ou para evitar esse ato, não são produtos fortuitos ou casuais das circunstâncias. Em vez disso, são produtos de um planejamento intimamente relacionado às regras e princípios secundários, que fornecem critérios claros para o reconhecimento desses e de outros atos interpretativos como primordialmente, e acima de tudo, atos *judiciais*. Seu “sentido” é sempre secundário à sua origem. Diretores prisionais, guardas ou carrascos não esperam por uma ligação telefônica do melhor estudioso, filósofo ou crítico de direito constitucional antes de executar prisioneiros – não importa o quão convincentes as interpretações destes possam ser. E, de fato, eles aguardam as palavras dos juízes apenas na medida em que elas carregam o indício formal de terem sido pronunciadas na investidura do juízo. A cooperação social central para a forma constitucional de cooperação violenta é, portanto, implicada também pelo reconhecimento do papel do juiz e o reconhecimento daquele que se pronuncia por intermédio desse papel.

Certamente, há situações em que o papel judicial, mal definido, é contestado. Entretanto, a cooperação social para exercer violência constitucional, tal como a conhecemos, exige ao menos que esteja claro quem fala como juiz e quando isso acontece. A ordem hierárquica de vozes judiciais também deve ser clara ou passível de esclarecimento. Temos demonstrado, então, a necessidade de regras e princípios que situem os intérpretes dotados de autoridade e prescrevam ações baseadas naquilo que eles dizem. As regras e princípios que situam as vozes autorizadas para a ação assinalam os defeitos de um modelo de interpretação judicial que se concentra no trabalho de uma única mente coerente e consistente.

⁵⁸ Obviamente eu não estou sugerindo que não exista mais violência não autorizada por parte da polícia, dos carcereiros etc., mas a posição quase pública de que a “justiça” da plebe deveria suplantir o processo ordenado dos tribunais não mais prevalece. *Vide* o artigo extraordinário de Charles Bonaparte, *Lynch Law and its Remedy*, 8 YALE L.J. 335, 336 (1899) (argumentando que o propósito subjacente ao linchamento “não é violar, mas reivindicar o direito; ou, mais propriamente falando, ... sua parte ‘adjetiva’... é negligenciada de forma que sua parte ‘substantiva’ possa ser preservada”).

Nos Estados Unidos, não há conjunto de regras e princípios mais fundamental que aquele que impossibilita um único juiz – não importa quão hercúlea seja sua compreensão do direito – de ter a última palavra sobre o significado jurídico que afeta casos reais. Salvo algumas exceções triviais, nenhum juiz norte-americano que se debruce sobre uma questão jurídica relevante encontra-se imune de reexame via apelação. Por outro lado, juízes de tribunais superiores que sejam a última instância decisória de uma questão jurídica relevante jamais decidem sozinhos. Um complexo de regras secundárias determina essa situação. Tais regras incluem desde estatutos gerais que garantem o direito de apelar ao menos uma vez das sentenças definitivas proferidas pela primeira instância, passando por estatutos especiais que exigem reexame via apelação em sentenças capitais, até a garantia constitucional que proíbe a suspensão de *habeas corpus*.⁵⁹ As cortes finais de apelação nos Estados Unidos são sempre compostas por pelo menos três juízes. Algumas constituições estaduais especificam esse número. Não há nenhuma previsão explícita na Constituição que exija que a Suprema Corte tenha mais do que um único juiz, mas tanto a prática como as interpretações generalizadas desde 1789 fazem da ideia de uma Suprema Corte com juiz único um verdadeiro absurdo. Dada a clareza das expectativas acerca da pluralidade das instâncias judiciais superiores, parece-me duvidoso que um tribunal imaginário como esse satisfizesse o requisito constitucional de que haja uma Suprema Corte.⁶⁰

Se algum juiz Hércules hipotético chegasse a uma compreensão dos textos constitucionais e sociais – uma interpretação – que entendesse a pena de morte como permissível e apropriada em determinado caso, seria de imediato confrontado com o problema de traduzir sua convicção em ato. O próprio entendimento da constitucionalidade e do cabimento de se impor a pena de morte traria, em seu bojo, o conhecimento de que o próprio juiz não poderia dar efeito à sentença. A compreensão mais elementar de nossa prática social de violência garante que os juízes saibam que eles próprios não podem puxar a alavanca. Essa não é uma convenção trivial, pois significa que outra pessoa terá o dever ou a oportunidade de transmitir o que o juiz fez. No caso de um juiz de primeira instância

⁵⁹ Ver, e.g., 28 U.S.C. § 1291 (1982) (sobre o direito de apelar decisões finais de tribunais distritais); *id.* §§ 46(b), 46(c) (sobre a audiência de casos perante as Cortes de Apelação em turmas de três juízes a menos que seja demandada audiência *en banc*); U.S. CONST. art. I, § 9, ci. 2 (protegendo a ordem de *habeas corpus*).

⁶⁰ 28 U.S.C. § 1 (1982) (previsão de que a composição da Suprema Corte seja de nove juízes, sendo que seis constituem um quórum). A única exceção histórica significativa à generalização no texto me faz refletir um pouco acerca da conclusão sobre a constitucionalidade de uma Suprema Corte com juiz único. É verdade, por certo, que o *Chancellor* era, de certa forma, uma corte superior de juiz único. E, embora essa não tenha sido a regra, alguns sistemas de tribunais norte-americanos preservaram uma *chancery*, ainda que com tribunais de apelação por *equity* que contam com múltiplos juízes.

que emite uma ordem de execução, há sempre outro juiz a quem apelar para manter ou revogar essa decisão. O fato de que *outra pessoa* deve promover a execução significa que essa pessoa poderá ser confrontada com dois documentos escritos: uma garantia, digamos assim, para a execução da sentença de morte em tempo e lugar determinados, ou então uma suspensão da execução oriunda de um tribunal de apelação. Espera-se que essa outra pessoa – o diretor prisional, para simplificar – determine qual dessas ordens será cumprida, de acordo com alguns princípios altamente arbitrários e hierárquicos, que em nada têm a ver com os méritos ou deméritos relativos aos argumentos que justificam as respectivas posições substantivas.

É crucial notar aqui que, caso o diretor cesse de prestar sua atenção relativamente automática às ordens que emanam dos juízes de acordo com essas regras e princípios arbitrários e, às vezes, rigidamente hierárquicos, então os juízes perderiam sua capacidade de praticar violência, só lhes restando, então, a oportunidade de persuadir o diretor e seus subordinados a praticá-la. Por outro lado, o diretor e seus subordinados perderiam sua capacidade de transferir para o juiz a responsabilidade moral primária pela violência que eles próprios executam. Eles próprios teriam que assumir as justificativas para a violência, tornando, assim, o julgamento uma espécie de audiência preliminar. Existem, de fato, muitas prisões nesse mundo que comportam alguma semelhança com essa situação hipotética. Existem sistemas em que as decisões punitivas mais significativas são feitas por aqueles que praticam ou possuem supervisão direta sobre a própria prática da violência.

Nós fizemos algo estranho em nosso sistema. Nós separamos rigidamente o ato de interpretação – de compreensão do que deveria ser feito – da execução “do que deveria ser feito” por meio de violência. Ao mesmo tempo, ao menos no direito penal, estabelecemos uma rígida conexão entre a execução das ordens judiciais e o ato de interpretação judicial, por meio de hierarquias relativamente inflexíveis de pronunciamentos judiciais e obrigações firmes da parte dos agentes públicos encarregados de cumpri-los. Os juízes estão assim tanto separados como inextricavelmente ligados aos atos que eles autorizam.

Essa estranha – porém familiar – característica do ato de julgar nos Estados Unidos tem como efeito garantir que nenhum juiz *aja sozinho*. O “juiz Hércules”⁶¹ de Dworkin pode parecer uma construção útil para entender como a mente do

⁶¹ O Hércules de Dworkin aparece primeiro no artigo “Hard Cases”. Dworkin, *Hard Cases*, 89 HARV. L. REV. 1057 (1975). Depois aparece novamente em LAW’S EMPIRE, *supra*, nota 2, p. 239-75, quando então assume as vestes de um modelo de juiz de “integridade” – o que, para Dworkin, não parece ser uma qualidade essencialmente pessoal, mas, sim, uma postura interpretativa que valoriza a consistência e coerência intelectual. *Id.*, p. 164-67.

juiz deveria trabalhar. Mas é enganoso precisamente porque sugere – se é que não exija – um contexto que, nos Estados Unidos, nunca está presente. Pode ou não ter algum sentido pensar sobre a compreensão judicial do direito separada de sua aplicação. Mas uma coisa é quase certa: a aplicação da compreensão jurídica em nosso domínio de dor e morte sempre necessitará da aquiescência ativa ou passiva de outros juizes. É possível mostrar esse argumento por meio da observação mais banal da prática profissional. Se um juiz de primeira instância deseja transformar seu entendimento em ato, deve assegurar que sua decisão não seja revogada. Se for um juiz de apelação, deve garantir que ao menos um outro juiz esteja de acordo com sua decisão. É um lugar-comum que muitas opiniões “majoritárias” carregam as cicatrizes ou marcas de terem sido escritas essencialmente para manter a maioria. Muitas decisões de primeiro grau carregam as cicatrizes de terem sido escritas essencialmente para evitar revogações.

A questão que surge então é: qual o verdadeiro ato de interpretação jurídica? O entendimento hipotético de uma mente única, em uma posição admitidamente hipotética que a torna capaz de tomar decisões finais sozinha? Ou os produtos reais da atuação de juizes sob o constrangimento de uma potencial vigilância do grupo sobre todas as decisões tornadas efetivas por meio de violência coletiva? A decisão singular de um Hércules hipotético provavelmente será mais articulada e coerente do que uma decisão coletiva de vários juizes que podem se comprometer a chegar a ela. Mas o Hyporcules não carrega e nem pode carregar a força da violência coletiva. Esse defeito é intrínseco à definição da interpretação jurídica como uma atividade mental individual em vez da atividade violenta de uma organização de indivíduos.

Sejamos então explícitos. Ainda que seja um pensamento desagradável que dor e morte estejam no centro da interpretação jurídica, que assim seja. Não seria melhor se houvesse apenas uma comunidade argumentativa formada por leitores e escritos de textos – uma comunidade de intérpretes. Na medida em que dor e morte são parte de nosso mundo político, é essencial que elas estejam no centro do direito. A alternativa é verdadeiramente inaceitável: que elas estejam dentro de nossa política, mas fora da disciplina das regras de decisão coletiva e dos esforços individuais para atingir resultados por meio dessas regras. O fato de que necessitamos de muitas vozes não é, portanto, um acidente ou uma peculiaridade de nossas regras jurisdicionais. É algo intrínseco a qualquer sucesso possível na tarefa de domesticar a violência.

CONCLUSÃO

Há uma respeitável tradição que nos faz escutar o juiz como uma voz da razão, a vê-lo como a personificação dos princípios. O atual interesse acadêmico na interpretação – a atenção à comunidade de significado e comprometimento

– não é apologético nem na sua intenção e nem em seu efeito. Essa tendência é, em geral, uma tentativa de sustentar um ideal digno diante do que todos concordaríamos ser uma realidade irreconciliável. Eu não pretendo discutir o impulso que nos leva a fazer esse tipo de crítica.

É perigoso, entretanto, esquecer os limites que são intrínsecos à atividade da interpretação jurídica; exagerar a medida em que qualquer interpretação que faça parte de um ato de violência estatal possa constituir um significado comum e coerente. Enfatizei dois tipos bastante distintos de limites à comunhão e à coerência de significado que se pode atingir. Um tipo de limite, de caráter prático, resulta da organização social da violência jurídica. Nós vimos que a responsabilidade pela violência deve ser compartilhada para que se possa exercê-la de forma segura e efetiva; o direito deve operar como um sistema de estímulos e sinais para muitos atores que, do contrário, seriam relutantes, incapazes ou irresponsáveis em seus atos violentos. Essa organização social de violência se manifesta nas regras e princípios secundários, que geralmente asseguram que nenhuma mente ou vontade única irá causar os resultados violentos que derivam de compromissos interpretativos. Nenhum indivíduo pode, sozinho, tornar qualquer interpretação operante enquanto direito – enquanto autorização para um ato violento. Embora uma convergência entre todos os entendimentos dos atores jurídicos relevantes não seja necessariamente impossível, ela é, de fato, bastante improvável. E, por óbvio, não podemos escapar da multiplicidade de mentes e vozes de que a organização social do direito-como-violência necessita em troca de algum processo decisório hipotético que reuniria muitas vozes em uma só. Sabemos que, a não ser nas ditaduras, não há nenhuma regra de integração que necessariamente irá atender as condições elementares de racionalidade das relações contidas nas escolhas sociais que fazemos.⁶²

Ainda que nossas regras decisórias sociais não possam garantir a coerência ou a racionalidade do significado, elas podem e de fato geram ações violentas que podem ter significados coerentes distintos para ao menos um dos atores relevantes. Só nos resta, portanto, esse mundo real da organização do direito-como-violência, com decisões cujo significado, se for comum, provavelmente não será coerente – e provavelmente não será comum se for coerente.

Esse limite prático e contingente à interpretação jurídica é, no entanto, o menos importante e o menos profundo dos dois tipos de limites que apresentei. Se prestarmos atenção verdadeiramente à interpretação jurídica da forma como ela é praticada no campo do medo, dor e morte, veremos que o principal impedimento à obtenção de um significado comum e coerente é um limite necessário, intrínseco a essa atividade. Juízes, agentes públicos, opositores, mártires, dire-

⁶² K. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951).

tores prisionais, acusados – todos eles podem ou não compartilhar textos comuns; podem ou não compartilhar um vocabulário comum, um acervo cultural comum de gestos e rituais; podem ou não compartilhar uma concepção filosófica comum. Haverá, dentro do imenso panorama humano, graus contínuos de comunhão acerca de qualquer um desses elementos. Mas enquanto a interpretação jurídica for constitutiva tanto de comportamentos violentos como de significado, enquanto houver gente disposta a usar ou a resistir às organizações sociais de violência para tornar suas interpretações reais, então sempre haverá um limite trágico em relação ao significado comum que pode ser alcançado.

Autor e vítima da violência organizada terão experiências significativas dolorosamente desiguais. Para quem perpetra a violência, a dor e o medo são remotos, irreais e amplamente não compartilhados. Por esse motivo, quase nunca fazem parte de artefatos interpretativos, tais como a opinião judicial. Por outro lado, a justificação da violência é importante, real e cuidadosamente cultivada para aqueles que a impõem. Para a vítima, inversamente, a realidade e a significância da justificação da violência retrocedem de forma proporcional à esmagadora realidade de dor e de medo sofridos.

Entre a ideia e a realidade do significado comum cai a própria sombra da violência do direito.