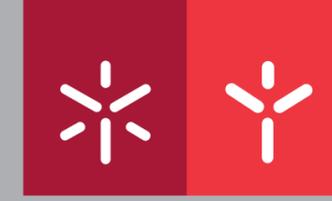


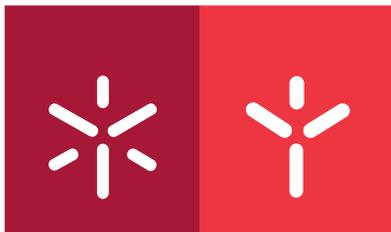


**Para uma teoria hermenêutica da justiça.
Repercussões jusliterárias no eixo problemático
das fontes e da interpretação jurídicas.**

Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho

Escola de Direito

Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva

**Para uma teoria hermenêutica da justiça.
Repercussões jusliterárias no eixo problemático
das fontes e da interpretação jurídicas.**

Tese de Doutoramento
Ramo de Conhecimento Ciências Jurídicas - Ciências Jurídicas Gerais
(Metodologia Jurídica)

Trabalho efectuado sob a orientação do
Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha

Junho de 2008

DECLARAÇÃO

Nome: JOANA MARIA MADEIRA DE AGUIAR E SILVA

Endereço electrónico: jmasilva@direito.uminho.pt Telefone: 253251262

N.º do Bilhete de Identidade: 8429556

Título da Tese de Doutoramento:

Para uma teoria hermenêutica da justiça.
Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas.

Orientador:

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Mês e ano de conclusão: Junho de 2008

Ramo de Conhecimento do Doutoramento:

Ciências Jurídicas - Ciências Jurídicas Gerais (Metodologia Jurídica)

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DE QUALQUER PARTE DESTA TESE.

Universidade do Minho, —/—/—

Assinatura:

Para uma teoria hermenêutica da justiça.

Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas

Este trabalho parte das conclusões a que chegámos no anterior estudo *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, estudo em que se firmaram algumas das linhas fundamentais de uma concepção globalmente literária do Direito. Partindo de uma reflexão mais aprofundada e amadurecida dessas ideias, pretende-se agora mostrar as possíveis implicações que as mesmas configuram no seio de um recinto tão elementar quanto sagrado da nossa actual concepção de Direito: o das fontes e da interpretação jurídicas.

Assim, na primeira parte do nosso texto, vamos procurar justificar afinidades e articulações que entre o universo jurídico e o universo literário o movimento do Direito e Literatura tem vindo a destacar. Afinidades e articulações que se vão tornar mais evidentes e fecundas a partir da viragem linguística e interpretativa que caracteriza, no âmbito das ciências humanas e sociais, a segunda metade do século XX, e que resultam da tomada de consciência do fundamental papel desempenhado pela linguagem e pelo discurso na própria constituição e preservação do Direito e da cultura jurídica (capítulos I e II da Parte I). Analisam-se em seguida algumas das mais relevantes linhas de acção desenvolvidas no seio da articulação dos estudos jurídicos e literários, com particular incidência na dimensão hermenêutica e nos aspectos narrativos e retórico-argumentativos da prática judiciária em geral (capítulo III da Parte I).

A segunda parte centra-se no estudo dos modos em que uma concepção hermenêutica e literária do Direito como a exposta anteriormente se pode repercutir na compreensão do eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas. Localizando a origem das concepções dominantes sobre esta matéria no início do século XIX, constatámos a íntima dependência do paradigma jurídico-legalista com a clássica concepção da interpretação jurídica, ambas decorrentes do entendimento oitocentista do princípio da separação de poderes. Um princípio que alcança a sua mais visível expressão com o nascimento das modernas codificações e na separação, intencional e metodológica, dos momentos de criação e de aplicação/interpretação do Direito (capítulo I da Parte II).

A perspectiva hermenêutica e literária do Direito de que partimos, implicando a participação insubstituível da reflexão judicativo-decisória nos processos de permanente constituição do Direito, obriga-nos a repensar o problema das fontes e do incindível modelo de interpretação das mesmas, enquanto determinantes da própria concepção jurídica (capítulos II e III da Parte II). Obriga-nos, igualmente, a constatar a actual crise atravessada pela lei e a desagregação da disciplina legal das fontes de juridicidade, ao mesmo tempo que sugere a reconversão da racionalidade jurídica tradicional numa racionalidade prática, argumentativa e discursiva (capítulo IV da Parte II).

O reconhecimento do protagonismo hermenêutico na concretização constitutiva do Direito e a consequente margem de discricionariedade de que nunca o julgador poderá prescindir, conjugados com a actual recompreensão do sentido de autonomia da normatividade jurídica vigente, levam-nos a concluir pela falta de competência do legislador para se pronunciar não só sobre a disciplina relativa às fontes de Direito, mas também sobre as regras que devem reger a interpretação jurídica (capítulo V da Parte II).

For a hermeneutic theory of justice.

Legal-literary repercussions in the problematic axis of the sources of Law and of legal interpretation

This work derives from the conclusions that were made during the former study of “*The judicial practice between Law and Literature*,” in which some of the fundamental ideas on the global literary concept of Law were positioned. Subsequent to a more thorough and ripened reflection of those ideas, one now aspires to demonstrate the possible implications that such configure in the core of a place which is as much elementary as sacred to the actual conception of Law: that of its sources and of its interpretation.

Therefore, in the first part of our text, one looks to justify the affinities and articulations that between the legal and literary universe, the Law and Literature movement has been pointing out. Affinities and articulations that will become more evident and fruitful from the linguistic and interpretative turn that characterizes the second half of the XX century, in terms of human and social sciences, and that result from the awareness of the fundamental role played by the language and discourse in the actual constitution and preservation of Law and of legal culture (chapters I and II of Part I).

The second part focuses on the study of the ways in which a hermeneutic and literary conception of Law like the one previously described may influence the comprehension of the problematic axis of its sources and of legal interpretation. Tracing the origin of the dominant conceptions about this matter to the beginning of the XIX century, one detects the intimate dependence of the judicial-legalistic paradigm with the classical conception of legal interpretation, both deriving from the XVIII century’s understanding of the principle of the separation of powers. A principle that is most visibly illustrated with the birth of modern codifications, and with the intentional and methodological severance of the moments of creation and application/interpretation of Law (chapter I of Part II).

The hermeneutic and literary perspective of Law that we proceed from, which implicates the irreplaceable participation of the judicative decisive reflection in the processes of permanent constitution of Law, forces us to rethink the problem of its sources and of the inseparable problem of their interpretation, while determinant, both, of the very idea of any legal conception (chapters II and III of Part II). It equally forces us to detect the current crisis that the law is facing, along with the disaggregation of the legal discipline of the sources of Law, while, at the same time suggests the reconversion of the traditional legal rationality into a practical, argumentative and discursive one (chapter IV of Part II).

The recognition of the hermeneutic protagonism in the constitutive achievement of Law and the consequent discretionary boundary of which the judge could never renounce to, together with the actual re-comprehension of the meaning of the enforced legal normativity’s autonomy, lead us to conclude that the legislator lacks the competences necessary to voice his opinion not only concerning the discipline relating to the sources of Law but also in terms of the rules that should govern legal interpretation (chapter V of Part II).

ÍNDICE GERAL

PRÓLOGO -----	VIII
APRESENTAÇÃO -----	1
I PARTE -----	3
LINHAS MESTRAS DE UMA CONCEPÇÃO HERMENÊUTICA E LITERÁRIA DO DIREITO -----	3
Capítulo I - A linguagem e o ser: a viragem linguístico/interpretativa do século XX-----	4
1. A linguagem e os problemas da filosofia: a reflexão de Wittgenstein-----	4
2. Wittgenstein e a filosofia analítica: visões cruzadas-----	11
3. A racionalidade científica oitocentista e o império linguístico contemporâneo. <i>Linguagem e Lebensform</i> . Linguagem e pensamento-----	14
Capítulo II – O Direito e a viragem linguística/interpretativa do século XX-----	20
1. O Direito como um saber de palavras / cultura de interpretação-----	20
2. Introdução às especificidades da linguagem jurídica-----	26
3. O Direito como tradução/compreensão/interpretação:-----	29
a) A construção de uma identidade (cultural)-----	29
b) Entre o ideal da fidelidade e a inevitabilidade da criação (jurídica)-----	38
4. A permanente indeterminação potencial da(s) linguagem(ns) do direito na construção de uma cultura institucional. Particularidades-----	43
Capítulo III – Direito e Literatura-----	53
1. Perspectivas-----	53
2. Direito na Literatura. O ensino humanístico do Direito como ensino da cidadania. O cânone literário-----	56
3. Jurisprudência narrativa e <i>legal storytelling</i> : o Direito na e como Literatura-----	64
4. Verdade e “seriedade” das narrativas do Direito-----	74
5. A narrativização do pragmatismo judicial e a retórica do discurso jurídico. Percursos históricos e jurídico-pragmáticos-----	86
6. A retórica na constituição da comunidade e da cultura jurídicas-----	97
7. Direito e linguagem: o discurso jurídico como discurso do poder. Os <i>Critical Legal Studies</i> e a concepção jurídico-política de Robert Cover-----	106
8. Direito e cultura (popular). Ainda as virtudes pedagógicas do Direito e Literatura-----	120
II PARTE -----	134
REPERCUSSÕES DE UMA CONCEPÇÃO GLOBALMENTE LITERÁRIA DO DIREITO NA PROBLEMÁTICA DA CONCEPÇÃO DAS FONTES E DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICAS. -----	134

Capítulo I – A viragem linguístico/interpretativa e a crise do paradigma legalista de Oitocentos. Divórcio entre criação e interpretação jurídicas: um legado em superação. -----	135
1. O Direito actual como uma cultura de <i>interpretatio</i> -----	135
2. Modelo clássico de interpretação jurídica. Contextos histórico-filosóficos germânico e francês-----	137
3. A codificação e a interpretação jurídica: a falsa autonomia entre o problema das fontes e o da interpretação no Direito. O império da lei-----	143
4. A autonomia do jurídico e o princípio da separação de poderes-----	150
5. A lei moderna e a moderna teoria da interpretação jurídica: o código de Napoleão-----	154
7. Princípio da divisão de poderes de Montesquieu: interpretação jurídica e fontes do Direito	167
Capítulo II - As fontes de Direito. Dimensão ontológica, jurídica e política de uma equação. ----	174
1. Perspectiva(s) histórica(as) e doutrinal(ais). O modelo tradicional de fontes de Direito ----	174
2. Fontes formais e fontes materiais-----	183
3. A dimensão hermenêutica do edifício das fontes de Direito em Gény -----	187
4. Direito e política. A mediação exercida pela determinação das fontes -----	198
Capítulo III - Consagração positiva, legal, do quadro de fontes jurídicas -----	201
1. Antes da Codificação -----	201
2. Codificação e fontes de direito. Modernidade do conceito de lacuna -----	205
3. As fontes de Direito no Código de Seabra -----	209
4. Do artigo 16.º do Código de Seabra ao edifício das fontes de direito no Código de 1966----	216
a) Consagração legal do império da lei -----	216
b) Sobre os usos e a equidade -----	224
c) Sobre os assentos -----	228
Capítulo IV - O império da lei e a crise da lei: projecção de uma /numa cultura jurídica hermenêutico-argumentativa.-----	250
1. A mediação linguística e hermenêutica na superação de um paradigma jurídico: do império da lei à segurança do Direito-----	250
2. A exigência de novos modelos de racionalidade. A leitura principialista de Josef Esser: exemplo de transição espacio-temporal -----	263
3. Reconfiguração hermenêutica das fontes de Direito. A textura aberta da linguagem (jurídica) e a discricionariedade judicial-----	272
Capítulo V – A hermenêutica jurídica do século XX: dimensão retórico-argumentativa da jurisprudência. O Direito como <i>interpretatio</i> -----	285
1. O confronto Betti-Gadamer. Contributo crítico de Castanheira Neves-----	285
2. Uma leitura desconstrucionista do Direito -----	306
3. A hermenêutica jurídica entre ontologia e metodologia -----	311
4. Os limites da interpretação (jurídica) -----	313
5. Determinação hermenêutico-normativa dos factos juridicamente relevantes -----	318
6. Recuperação do arbítrio judicial: racionalidade hermenêutica, retórico-argumentativa do discurso judicial. Considerações de natureza metodológica-----	329
7. Actual compreensão da teoria da interpretação jurídica. Natureza institucional/pessoal da decisão judicial -----	340
8. Disciplina legal da interpretação jurídica: reflexão crítica-----	357
CONCLUSÕES -----	377
I. Quanto a uma concepção hermenêutica e literária do Direito-----	377
II. Quanto às repercussões exercidas por uma concepção hermenêutica e literária do Direito sobre o problema das fontes e da interpretação jurídicas. -----	379
BIBLIOGRAFIA GERAL -----	385

Prólogo

Conscientes de que “todo o acto de tradução abre a caixa de Pandora que é a linguagem”¹, foi nossa escolha, ainda assim, traduzir as várias citações que acompanham o texto desta dissertação. As razões para essa escolha não se identificam com as habituais razões que impendem sobre os processos de tradução inter-linguística. Não se pretende levar o conhecimento dos textos em questão a quem possa não conhecer o universo linguístico em que originariamente foram vertidos. Aquilo que se pretende, numa perspectiva muito distinta, é esclarecer a leitura que desses textos nós mesmos fizemos ao longo do nosso estudo e assumir a responsabilidade por essa compreensão/tradução.

Esta é uma perspectiva que vai ao encontro dos modernos estudos de tradutologia que, enfatizando o dinamismo dos significados textuais, consideram a tradução como um acto de interpretação e de recriação, colocando-a no próprio centro da existência como compreensão². É uma perspectiva que vai ao encontro, sobretudo, daquele impulso proprietarista que Steiner considera característico da arte da tradução³. Se toda a tradução é um acto de interpretação crítica⁴, só quando “leva para casa” o simulacro do original consegue o tradutor alcançar a autêntica posse da sua fonte. Só quando entra, quase fisicamente, no reino do seu sentido, dele se apropriando, se pode dizer cumprido o acto da sua interpretação crítica.

Ora, esse acto de interpretação crítica, presente em cada acto de tradução, é imanente a qualquer citação, que se emprega para suportar uma ideia ou um argumento. Só depois de compreendido e “feito nosso” o sentido de um texto podemos invocá-lo para corroborar o nosso pensamento. E se o emprego da citação responde, assim, a um

¹ Cfr. Amalia RODRÍGUEZ MONROY, *El saber del traductor*, Barcelona, Montesinos, 1999, p. 20.

² Cfr. Amparo HURTADO ALBIR, *Traducción y traductología. Introducción a la traductología*, Madrid, Cátedra, 2001, pp. 618; Virgilio MOYA, *La selva de la traducción. Teorías traductológicas contemporáneas*, Madrid, Cátedra, 2004, pp. 129-130.

³ Cfr. George STEINER, *After Babel. Aspects of language and translation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992, 2nd ed., p. 400.

⁴ A afirmação é de James HOLMES, em *Translated! Papers on literary translation and translation studies*, Amsterdam, Rodopi, 1998, p. 24.

interesse estruturalmente funcional, é esse mesmo interesse funcional que se mostra critério fundamental do acto de tradução, enquanto acto comunicativo que é⁵.

Estes interesses funcionais não deixaram também de ir considerados na nossa opção, num outro sentido. Reportando-se a afirmações de Antoine Vitez, Henri Meschonnic faz uma alusão à afinidade existente entre traduzir e encenar. Traduzir, afirma, é já encenar. De onde deduz o autor que um critério para aferir do valor da tradução é o critério do próprio ritmo⁶. Encarando as concretas aplicações que fizemos das traduções como parte de um global encadeamento de ideias, diríamos que o próprio ritmo do todo iria prejudicado, não foram as traduções. Sendo o nosso estudo percorrido por várias citações, retiradas de textos com a mais diversa proveniência linguística, foi com o intuito de evitar fragmentar a fluidez da sua leitura que nos propusemos proceder a uma cuidadosa e ponderada tradução das mesmas. Reconhecendo tudo aquilo que a tradução hoje representa, e reconhecendo que cada língua tem a sua própria personalidade⁷, procurámos pautar-nos por critérios de rigor e sobriedade, preservando nos textos de chegada o sentido e a função dos textos de origem. E preservando assim, ao mesmo tempo, aquela fluidez linguística do conjunto verbal, em obediência, de resto, à própria traductibilidade que todo o texto, na sua essência, comporta⁸.

Resta-nos aqui reconhecer a profunda dívida da presente investigação para com o magistério do Senhor Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, sem cuja sábia orientação, dedicação e generosa disponibilidade, a realização da mesma não teria sido possível.

Especial agradecimento é também devido ao Senhor Professor Doutor Luís Manuel Couto Gonçalves, Presidente da Escola de Direito da Universidade do Minho, cujo inextinguível apoio se foi manifestando das mais diversas formas, ao longo do período da nossa investigação.

⁵ Cfr., sobre uma concepção funcional da tradução, entre outros, Katharina REISS / Hans VERMEER, *Fundamentos para una teoría funcional de la traducción*, Madrid, Akal, 1996.

⁶ Cfr Henri MESCHONNIC, *Poétique du traduire*, Lagrasse, Verdier, 1999, p. 394.

⁷ Cfr. Lin YUTANG, “Sobre la traducción”, in *Teorías de la traducción. Antología de textos*, Dámaso López García, ed., Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 389.

⁸ Cfr. Walter BENJAMIN, “La tarea del traductor”, in Dámaso López García, ed., *Teorías de la traducción. Antología de textos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 336

Às Senhoras Dr.^{as} Sara Saleiro Lima e Sandra Amorim, e às Senhoras D.^{as} Alice Cracel, Carmelinda Vilaça, Sandra Henriques e Ana Maria Ferreira, um sincero *bem hajam*, pelas preciosas ajudas que, nos momentos certos, souberam tão generosamente providenciar.

Um agradecimento é igualmente devido à *Association for the Study of Law, Culture and the Humanities*, pelo saudável convívio e diálogo de ideias que nos tem proporcionado com a realização do seu ciclo anual de conferências.

APRESENTAÇÃO

As últimas décadas têm assistido à consolidação de férteis desenvolvimentos teóricos e práticos no seio da inovadora associação dos estudos jurídicos com os estudos literários, da teoria jurídica com a teoria da Literatura. Abrangentemente designado por movimento do Direito e Literatura, este é um campo em que a interdisciplinaridade marca o compasso, pela própria universalidade das questões tratadas⁹. Em certa medida,

⁹ A bibliografia existente sobre o tema tem-se vindo a tornar de uma extensão considerável, tornando praticamente impossível uma sua referência mais detalhada. Se, como vamos ver, ela começa por ter uma origem marcadamente norte-americana, essa origem tem-se vindo a diluir no seio da expansão geográfica de que o movimento tem vindo a ser protagonista. Ficam aqui, a título meramente exemplificativo, algumas das fundamentais obras que permitiram estruturar o movimento e outras, que são reflexo do seu actual vigor: Benjamin CARDOZO, *Law and literature and other essays and addresses*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1931; James Boyd WHITE, *The Legal Imagination*, Chicago, The Chicago University Press, 1985; *idem*, *Justice as Translation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990; *idem*, *Heracle's Bow. Essays on The Rhetoric and Poetics of The Law*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1985; *idem*, *When Words Loose Their Meaning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984; *idem*, *Acts of Hope*, The University of Chicago Press, 1994; L.H.LARUE, *Constitutional law as fiction. Narrative in the rhetoric of authority*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1995; Richard POSNER, *Law and Literature. A misunderstood relation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, 7th pr.; *idem*, *Law and Literature*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998; Ian WARD, *Law and Literature. Possibilities and perspectives*, Cambridge University Press, 1995; Richard WEISBERG, *Poethics: and other strategies of law and literature*, New York, Columbia University Press, 1992; Paul HEALD, ed., *Literature and legal problem solving. Law and literature as ethical discourse*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1998; Sanford LEVINSON / Steven MAILLOUX, eds., *Interpreting law and literature. A hermeneutic reader*, Evanston Illinois, Northwestern University Press, 1991; Lenora LEDWON, *Law and literature. Text and theory*, New York, Garland Publishing, 1996; Guyora BINDER / Robert WEISBERG, *Literary Criticisms of Law*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000; Wai Chee DIMOCK, *Residues of Justice. Literature, law, philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1997; Peter BROOKS, Paul GEWIRTZ, eds., *Law's Stories*, New Haven, Yale University Press, 1996; Arianna SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001; Maria ARISTODEMOU, *Law & Literature. Journeys from her to eternity*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Patrick HANAFIN, Adam GEAREY, Joseph BROOKER, eds., *Law and literature*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004; André Karam TRINDADE, Roberta Magalhães GUBERT, Alfredo Copetti NETO, eds., *Direito & Literatura. Reflexões teóricas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008; *idem*, *Direito & Literatura. Ensaios críticos*, Porto

as fronteiras entre os saberes mais ou menos especializados, entre as ciências mais ou menos rigorosas/analíticas, mais ou menos humanas, tornam-se ténues, mais frágeis do que fomos historicamente levados a crer, quando nos apercebemos de algumas, cruciais, matrizes comuns. Saberes ou ciências que, em última análise, sempre serão todos eles humanos, porque feitos pelo homem e tendo-o como último destinatário. Esta humanidade contribui, desde logo, para alguma daquela indefinição de fronteiras. Mas verdadeiramente fundamental, enquanto veículo de aproximação dos saberes e respectivas práticas metodológicas, se tem revelado, em todos estes processos, sobretudo desde as primeiras décadas do século XX, o omnipresente e arquipotente fenómeno linguístico. É a utilização, universal, da linguagem verbal como veículo de expressão, de comunicação e de realização humana, aquilo que está em causa. “O homem é apenas metade de si mesmo; a outra metade é a sua expressão”¹⁰. Uma expressão que, acrescentaríamos nós, é em primeira linha uma expressão verbal. São as palavras que nos permitem apreender e categorizar o mundo à nossa volta, que nos abrem portas ao relacionamento de uns com os outros, e com nós mesmos. Pensamos linguisticamente, ainda que cautelosamente nos demarquemos da possibilidade de as palavras pensarem por nós. Estas são questões sobre as quais tivemos já oportunidade de nos debruçar num pequeno trabalho intitulado *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*¹¹. Partindo o trabalho ora entre mãos, em larga medida, das conclusões a que no anterior se chegou, não será fácil evitar algumas considerações relativamente a certas questões centrais aí mais detalhadamente tratadas, ainda que porventura isso sobrecarregue aqueles que tiveram a paciência de passar os olhos pelo primeiro título.

Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008; José CALVO GONZÁLEZ, dir., *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del derecho*, Granada, Comares, 2008.

¹⁰ Cfr. Ralph Waldo EMERSON, “The Poet”, incluído em “Essays, Second Series”, in *Selected Essays*, New York, Penguin Classics, 1844, p. 261.

¹¹ Cfr. Joana Aguiar e SILVA, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.

I PARTE

Linhas mestras de uma concepção hermenêutica e literária do direito

Capítulo I - A linguagem e o ser: a viragem linguístico/interpretativa do século XX

1. A linguagem e os problemas da filosofia: a reflexão de Wittgenstein

Uma dessas ideias cruciais, que a teoria do conhecimento tem reputado de verdadeiramente essencial desde há algumas décadas, é precisamente a da mediação linguística incontestável de todo o saber, de toda a comunicação e interacção humanas, de toda a aproximação descritiva/constitutiva da realidade¹². A presença, que se tem vindo a sentir como irrecusável, de cadeias de processos linguísticos em toda a actividade cognitiva, motiva grande parte dos trabalhos desenvolvidos no âmbito interdisciplinar do direito e literatura. É esta ideia de uma componente linguística consubstancial à existência humana que constitui o pano de fundo das múltiplas relações que se estabelecem no seio daquela articulação entre estudos jurídicos e literários.

Apesar de ser uma ideia antiga, com raízes que, remontando nomeadamente à filosofia pré-socrática, não deixaram de ser exploradas e enriquecidas pelos nominalistas medievais, a verdade é que no final do século XIX e início do século XX o interesse nunca verdadeiramente esmorecido pela disciplina cresceu vertiginosamente¹³. Um interesse que, estimulado pelo trabalho desenvolvido pelo linguista suíço Ferdinand

¹² Marta Miranda Ferreira fala, a este propósito, numa mudança que afecta todos aqueles que se encontram sob o raio de acção da filosofia ocidental. “Uma mudança na história da filosofia que implica uma ruptura com a filosofia moderna – e simultaneamente uma continuidade – para dar lugar a outra época, a actual, que Gustav Bergmann chamou *Sprachwende*”. A expressão que para designar esta mudança se tornou habitual foi aquela com que Rorty a traduziu para o público anglófono, e que foi a de *linguistic turn*. “A viragem linguística”, diz a autora, “é uma reconhecida caracterização do trabalho filosófico de um grande número de pensadores do século XX que, sob diferentes perspectivas e com diferentes métodos, centraram a sua atenção na linguagem; alguns deles fazendo da análise linguística o seu método de filosofar”. Cfr. Marta MIRANDA FERREIRO, *Lenguaje y realidad en Wittgenstein: una confrontación con Tomás de Aquino*, Roma, Università della Santa Croce, 2003, p. 1.

¹³ Cfr. Charles TAYLOR, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Barcelona, Paidós, 1997; D. HILEY / J. BOHMAN / R. SHUSTERMAN, eds., *The interpretative turn*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1991.

de Saussure, colheu frutos das obras de pensadores tão diferentes como Humboldt, Dilthey ou Heidegger¹⁴. Curiosamente, o novo olhar neste período lançado sobre o fenómeno linguístico alimentou-se também do nascimento da lógica matemática, e de um renovado optimismo face ao problema da possibilidade de conhecimento da própria estrutura da linguagem¹⁵. Não é despidendo o facto de grandes nomes ligados nesta

¹⁴ Ao investigar as várias vertentes da ocorrência desta viragem linguística no seio da tradição filosófica germânica, Cristina Lafont lembra a origem daquela no eixo que Charles Taylor, no seu famoso artigo de 1985 intitulado “Theories of meaning”, denominou eixo, ou tradição, Hamann-Herder-Humboldt (*the triple H theory*). Eixo “que recebeu posterior desenvolvimento e radicalização pela mão de Heidegger e que, através de Gadamer, estendeu a sua influência a autores contemporâneos como Apel e Habermas”. Já o movimento desenvolvido no interior da filosofia da linguagem anglo-americana tomou como fundamentais referências, observa a autora, Frege, Russell e Wittgenstein, que, apesar de austríaco, desenvolveu a sua mais relevante actividade filosófica em Inglaterra. “... a base comum das duas viragens linguísticas na moderna filosofia da linguagem”, acrescenta Lafont, “pode-se encontrar no modo como cada uma foi levada a cabo pela sua figura central: Humboldt na tradição alemã e Frege na anglo-americana. Ambos os autores iniciaram as suas viragens linguísticas (não poderia ter sido de outra forma) pela introdução da distinção entre sentido e referência”. Cfr. Cristina LAFONT, *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1999, p. x-xi, pp. 34-35. Sobre a questão, ver também Manuel MACEIRAS FAFIÁN, *Metamorfosis del lenguaje*, Madrid, Editorial Síntesis, 2002, maxime pp. 70-77; 79-81.

¹⁵ Estas raízes estarão talvez mais presentes nos movimentos linguísticos que caracterizaram a tradição filosófica anglo-americana deste período. Os contactos entre esta e a filosofia da linguagem alemã tornam-se mais estreitos numa fase posterior, pós-analítica, da primeira, sob a manifesta atracção exercida pelas *Investigações Filosóficas* do chamado “segundo” Wittgenstein. É o que nos mostra, entre outros, Lafont, ao referir que “a tradição anglo-saxónica parte da concepção da linguagem como «instrumento» inerente ao ideal de elaborar uma linguagem perfeita ou, como lhe chamou Gadamer, uma *characteristica universalis* (Russell, Carnap e o “primeiro” Wittgenstein). Só na evolução posterior que rompe com este ideal e subordina a sua análise à explicação do funcionamento das linguagens naturais, tem lugar a mudança de perspectiva que era já característica da tradição alemã da linguagem, isto é, a transição da perspectiva externa de um observador encarando a linguagem como um «sistema de sinais» para uma perspectiva interna dos participantes na comunicação que partilham uma linguagem comum”. A noção de *characteristica universalis*, mais do que a Gadamer, talvez possa, com maior propriedade, ser remetida, desde logo, ao projecto leibniziano de encontrar/conceber uma espécie de alfabeto simbólico do pensamento humano, que permitisse alargar os nossos conhecimentos mediante o simples cálculo racional. Levantava assim o filósofo setecentista o problema da existência de uma estrutura lógica das línguas naturais, a indagar mediante a construção de modelos artificiais. São ideias que Wittgenstein virá a desenvolver na primeira fase do seu trabalho. Não deixa de ser significativo o facto de os maiores vultos de todo este movimento filosófico-linguístico anglo-americano, serem também eles alemães ou austríacos. De Frege a Wittgenstein, passando por Carnap. Cfr. *ibidem*, p. 120, nota 3.

altura à filosofia da linguagem se terem dedicado também eles ao estudo da lógica, nomeadamente da lógica matemática. O próprio Wittgenstein, cujo trabalho foi fundamental para este momento de viragem, mais do que uma formação humanista, recebeu essencialmente uma educação virada para a ciência e para a técnica, tendo-se formado em engenharia e especializado em aeronáutica. O seu interesse pela matemática pura e pelos fundamentos filosóficos da matemática terão em larga medida influenciado os seus primeiros escritos, dominados pela crença na existência de uma estrutura lógica da linguagem e do mundo a que essa linguagem vai referida. São sobretudo as ideias de Frege e de Russell sobre a aproximação da filosofia da linguagem à lógica aquelas que Wittgenstein prossegue na obra que marcou este primeiro período do seu pensamento, o *Tractatus Logico-philosophicus*¹⁶. Obra em que se postula a estrutura inerentemente lógica de qualquer proposição linguística significativa, e do próprio mundo exterior representado por essa mesma proposição. Ao mesmo tempo que procura mostrar a origem das tradicionais questões filosóficas no erróneo entendimento daquela estrutura lógica da linguagem, na falta de análise dessa mesma estrutura, exame que permitirá aceder, em última análise, à essência ideal da linguagem, o filósofo acaba por concluir pela exclusividade das proposições da ciência natural enquanto proposições verdadeiramente significativas. Todas as outras, a começar pelas proposições éticas e filosóficas, seriam carentes de significação. Tudo aquilo que é verdadeiramente importante na vida é inexprimível – tudo aquilo a que Wittgenstein chama o místico, o que se revela, de que não se pode falar, mas que se pode mostrar¹⁷. “As proposições não podem exprimir nada do que é mais elevado”¹⁸, afirma o filósofo; assim, as próprias proposições filosóficas são, no seu entender, tentativas de dizer coisas que não se podem dizer pelo seu carácter transcendente. E estabelecer proposições acerca do que transcende o mundo resulta carente de significado¹⁹.

¹⁶ Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico-Filosófico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.ªed., trad. M.S.Lourenço; Manuel MACEIRAS FAFIÁN, *op. cit.*, pp. 253-266.

¹⁷ “Existe, no entanto, o inexprimível. É o que se *revela*, é o místico”. Cfr. *ibidem*, 6.522, p. 141.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, 6.42, p. 138.

¹⁹ “É óbvio que a Ética não se pode pôr em palavras. A Ética é transcendental”. Cfr. *ibidem*, 6.421, p. 138. Contra uma interpretação habitual do *Tractatus*, Fann assegura que isto não significa que Wittgenstein seja antimetafísico. Para o filósofo a metafísica, como a ética, a religião ou a arte, pertencem ao reino do transcendental, que não se pode dizer, mas tão só mostrar-se. Deste modo, no *Tractatus*, aquilo que faz é defender a metafísica do mesmo modo que um teólogo tenta defender a religião, dizendo que “toda a tentativa de provar a existência de Deus carece de significado, porque não é uma questão a

Aquilo a que Wittgenstein verdadeiramente se opõe é ao influxo que a ciência exerce fora dos seus próprios domínios²⁰, e por essa ideia se vai deixar conduzir ao longo de toda a sua obra. Nascido e educado na “Idade da Razão”, testemunha de todo o desenvolvimento científico e tecnológico por aquela produzido, Wittgenstein assume-se plenamente como crítico da influência negativa, porque excessiva, em intensão e extensão, da ciência. Afirmando que “a solução do enigma da vida no tempo e no espaço está fora do tempo e do espaço (os problemas a resolver não pertencem às ciências da natureza)”²¹, não é de surpreender que conclua o *Tractatus* dizendo que “acerca daquilo de que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio”²².

Depois da publicação do seu *Tractatus*, em 1921, Wittgenstein abandona a carreira académica para se dedicar, nos anos subsequentes, ao ensino primário. Curiosamente, estes anos de ensino primário vão marcar de forma indelével aquela que virá a ser considerada a segunda fase do seu pensamento, corporizada nas *Investigações Filosóficas*²³. Uma obra que virá a ser publicada em 1953, dois anos após a sua morte. A partir da estreita observação do fenómeno de aprendizagem da língua pelas crianças, no seio de todo um complexo processo de aculturação, chega à conclusão que quase tudo aquilo que sobre a linguagem dissera no *Tractatus* estava errado. Não seria exagerado dizer, com Fann, “que a visão da linguagem desde uma torre de marfim, própria do primeiro Wittgenstein, desceu à terra graças aos seus alunos da escola primária”²⁴. Permanece a convicção, aliás desde muito cedo manifestada, de que a

provar, é matéria de fé”. Cfr. K.T. FANN, *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, trad. esp. Miguel Ángel Beltrán, Madrid, Editorial Tecnos, 1992, 2.º ed., pp. 45 e ss..

²⁰ Apoiando-se no artigo de Von Wright, intitulado “Wittgenstein and the twentieth century”, incluído em EGIDI, R. (ed.), *Wittgenstein: mind and language*, Kluwer, Dordrecht, 1995, Marta Miranda Ferreiro afirma ser este o ponto em que Wittgenstein mais se distancia da concepção filosófica do Círculo de Viena e da própria mentalidade geral do século XX. Cfr. Marta MIRANDA FERREIRO, *op. cit.*, pp. 87 e ss..

²¹ Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *op.cit.*, 6.4312, p. 140.

²² Cfr. *ibidem*, 6.54, p. 142.

²³ Cfr. *idem*, *Investigações Filosóficas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.ª ed., trad. de M.S.Lourenço.

²⁴ Cfr. K.T.FANN, *op.cit.*, p. 65. Sobre a aprendizagem da língua, e dos jogos de linguagem, ver também o trabalho de Hanna Fenichel PITKIN, *Wittgenstein and justice. On the significance of Ludwig Wittgenstein for social and political thought*, trad. esp. Ricardo Montoro Romero, *Wittgenstein: el*

maior parte dos problemas filosóficos se prende, na sua raiz, com o funcionamento da linguagem. Mas a resolução desses problemas vê-a agora o pensador austríaco, já não numa minuciosa análise da estrutura lógica dos enunciados linguísticos, mas antes no verdadeiro e vívido pulsar da linguagem corrente, no funcionamento da linguagem ordinária ou vulgar e seus respectivos contextos. O sentido das palavras e das frases, que deixam de ser concebíveis enquanto retratos lógicos dos factos do mundo, o sentido de qualquer proposição linguística, ou a falta desse sentido, deixam de estar vinculados à existência daquela estrutura lógica da linguagem, para passarem a ter que ser procurados naquilo a que Wittgenstein dá o nome de “jogos de linguagem”. Deixa de fazer sentido a pretensão de alcançar uma linguagem ideal, logicamente perfeita: todos os conceitos têm agora um sentido mais ou menos elástico, que só chega a ser identificado a partir do uso que de cada conceito é feito num determinado jogo linguístico. A univocidade linguística dá lugar à ideia de que “a linguagem é um labirinto de caminhos”²⁵. O artificial dá lugar ao natural. É o contexto de utilização da linguagem que vai permitir aceder ao significado das palavras, dos símbolos, das proposições. E esse contexto é precisamente o do uso vulgar, ordinário, da linguagem, e dos jogos que em seu torno se vão desenvolvendo²⁶. “Deixa que as aplicações das palavras te ensinem qual é o seu sentido”²⁷. Daí que não exista um correlato ontológico na realidade para cada palavra que se emprega, pois esta compreende todo um conjunto possível de diferentes significados que só se virão a fixar com cada concreta aplicação. Wittgenstein fala a este propósito de semelhanças de família, traços comuns que unem esses potenciais sentidos de um dado conceito²⁸.

Esta drástica viragem do filósofo para um tão marcado pragmatismo acentua-se com a vinculação que estabelece entre a aprendizagem da língua, sem a qual nada se

lenguaje, la politica y la justicia, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, em particular os capítulos II e III.

²⁵ Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *op.cit.*, par. 203, p. 322.

²⁶ “Chamarei também ao todo formado pela linguagem com as actividades com as quais ela está entrelaçada o «jogo de linguagem»”. Cfr. *ibidem*, par. 7, p. 177.

²⁷ *Ibidem*, II Parte, par.196, p 589.

²⁸ “66 (...) vemos uma rede complicada de parencas que se cruzam e sobrepõem umas às outras. Parencas de conjunto e de pormenor. 67 Não consigo caracterizar melhor estas parencas do que com a expressão «parencas de família»; porque as diversas parencas entre os membros de uma família, constituição, traços faciais, cor dos olhos, andar, temperamento, etc., etc., sobrepõem-se e cruzam-se da mesma maneira. – E eu direi: os *jogos* constituem uma família”. Cfr. *ibidem*, pars. 66 e 67, pp. 228 e ss..

pode dizer, e a existência de determinadas formas de vida. Os próprios jogos de linguagem que nos proporcionam o sentido das várias proposições linguísticas, nascem e desenvolvem-se no seio dessas formas de vida, desses modos de entender o mundo circundante que vão pressupostos naquela mesma aprendizagem e no uso daquela particular linguagem. “A expressão jogo de linguagem deve aqui realçar o facto de que falar uma língua é uma parte de uma actividade ou de uma forma de vida”²⁹. Diríamos nós que falar uma linguagem é parte de uma cultura, no seio da qual nascemos, nos socializamos e nos realizamos. Através da nossa língua, é essa nossa cultura que fala e que se realiza. Esta ligação tão íntima entre linguagem e forma de vida não deixa de provocar algum desconforto por parte de prosélitos temerosos quanto a acusações de relativismo cultural, de convencionalismo. Embora não caiba no âmbito deste trabalho uma investigação mais profunda da obra, a todos os títulos bastante complexa, de Wittgenstein, digamos que no reconhecimento pelo autor de um modo de actuação humana comum sob a multiplicidade de todas as linguagens, e respectivas formas de vida, se encontra material para contrariar aquelas acusações³⁰. Aí e sobretudo na permanente crença do filósofo de que as questões verdadeiramente cruciais sobre o significado da vida e sobre a existência de Deus estão, como tivemos já oportunidade de referir, para lá do domínio da razão, da ciência, da lógica ou da linguagem. A obra de Wittgenstein pauta-se fundamentalmente por este reconhecimento dos limites da linguagem face a esse saber superior, o que a torna emblemática enquanto reconhecimento dos limites da razão e da ciência. Parece-nos particularmente incisiva a observação feita por Ignacio Sánchez Cámara de que não se consegue ler Wittgenstein sem ter a sensação de que está a tentar desentranhar o mistério do mundo e da vida feliz³¹. Ou seja, às diferenças de metodologia que, mais do que qualquer outra coisa, caracterizam a passagem do *Tractatus* às *Investigações*, de uma perspectiva teórica a

²⁹ *Ibidem*, par. 23, p. 189.

³⁰ Ignacio Sánchez Cámara destaca o parágrafo 206 das *Investigações Filosóficas* na altura de rebater aquele relativismo: “As formas de acção que os homens têm em comum são o sistema de referência por meio do qual interpretamos uma língua diferente da nossa”. O que significa que existe um modo de actuação humana comum sob a multiplicidade linguística. Além de que toda a linguagem exige regularidade, pelo que falar uma língua também consiste, em última instância, seguir um sistema de regras. Cfr. Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA, *Derecho y lenguaje*, Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 1996, pp. 36 e ss.; Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas*, p. 323.

³¹ Cfr. Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA, *op.cit.*, p. 92.

uma perspectiva pragmática, contrapõe-se aquele misticismo que ao longo de toda a obra do filósofo permanece o eixo do seu pensamento. “O método puramente apriorístico do *Tractatus* é submetido a crítica e recomenda agora (em certo sentido) o método *a posteriori* de investigar os fenómenos reais da linguagem. Esta viragem quanto ao método é o que constitui a ruptura entre o primeiro e o último Wittgenstein”³². Se nas *Investigações Filosóficas* deixa de conceber a linguagem nos termos em que a concebia no *Tractatus*, a verdade é que continua a pensar que através da análise linguística se dilucidam os problemas da filosofia tradicional: já não mediante critérios lógicos, mas agora com recurso a critérios pragmáticos. “Nós reconduzimos as palavras do seu emprego metafísico ao seu emprego quotidiano”³³. A preocupação pelas questões linguísticas não deixa de assumir, por outro lado, um carácter instrumental, não se perdendo de vista que “toda uma nuvem de filosofia está condensada numa pequenina gota de gramática”³⁴, e que o propósito que subjaz à análise linguística que se propugna é precisamente o de dissipar aquela nuvem. Em ambos os períodos, esta foi a sua grande preocupação: conhecer a natureza, as tarefas e os métodos da filosofia. Não está interessado na linguagem pela linguagem, senão na medida em que diz respeito à filosofia. Quem o afirma é Fann, que acrescenta que a investigação do pensador austríaco, como o próprio sublinhou, recebe a sua luz, ou seja, o seu propósito, dos problemas filosóficos³⁵. Por outras palavras, interessa analisar a

³² Cfr. K.T.FANN, *op.cit.*, p. 62. Uma perspectiva mais substantiva desta ruptura é a que oferece Sánchez Cámara, ao afirmar que “talvez a maior ruptura entre a última filosofia de Wittgenstein e as ideias contidas no *Tractatus* consista na aceitação da correcção da linguagem ordinária. A linguagem está em ordem”. Não se aspira a um ideal. A linguagem ideal, logicamente perfeita, reconhece-se agora, é ilusória. Cfr. Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA, *op. cit.*, p. 29.

³³ Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas*, par. 116, p. 259.

³⁴ Cfr. *ibidem*, II Parte, par. 208, p.593.

³⁵ Cfr. FANN, *op.cit.*, pp. 103 e ss.. De igual modo, o parágrafo 109 das *Investigações Filosóficas*, onde se lê que “... não devemos produzir nenhuma espécie de teoria. Na nossa investigação não deve haver nada de hipotético. Toda a *explicação* tem que acabar e ser substituída apenas pela descrição. E esta descrição recebe a sua luz, isto é, a sua finalidade, dos problemas filosóficos. É claro que estes não são problemas empíricos, a sua solução estará antes no conhecimento do modo como a nossa linguagem funciona, de maneira a que de facto este modo seja reconhecido (...). A Filosofia é um combate contra o embruxamento do intelecto pelos meios da nossa linguagem”. Cfr. *op.cit.*, p. 257.

linguagem porque, ao fazê-lo, estamos a analisar “aquilo que se considera pertencente ao mundo”³⁶.

2. Wittgenstein e a filosofia analítica: visões cruzadas

Tudo o que vem dito nos permite aquilatar da influência exercida pelo todo da obra wittgensteiniana sobre alguns dos mais importantes movimentos filosóficos desenvolvidos a partir do século XX. Movimentos com importantes repercussões a nível do pensamento e da prática jurídicos.

Não obstante a diversidade das teses sustentadas no seio da filosofia analítica, e apesar da variada proveniência filosófica dos seus elementos, nas suas linhas fundamentais são claramente visíveis as marcas do pensamento do filósofo austríaco. É o caso do positivismo lógico do Círculo de Viena, que desde o início se reclamou do contributo do *Tractatus logico-philosophicus*, em torno de cuja discussão decorreram muitas das sessões iniciais do grupo. É o caso, igualmente, da chamada filosofia da linguagem ordinária, desenvolvida sobretudo pela Escola de Oxford a partir dos anos 50, e largamente inspirada nas concepções linguísticas avançadas pelas *Investigações Filosóficas*³⁷. A propensão manifestada por ambas as escolas para uma consideração o mais objectiva possível dos problemas filosóficos, o rigor que tanto uma como a outra põem na clareza expositiva e argumentativa, a profunda preocupação pelas questões linguísticas, a partir de cuja análise entendem poder dilucidar / dissolver problemas científicos ou filosóficos, são traços que abertamente denunciam aquela influência. Curiosamente, Wittgenstein retoma a actividade filosófica, digamos, oficial, após a paragem posterior à publicação do *Tractatus*, com o convite que lhe é dirigido pelos

³⁶ Cfr. Peter WINCH, *The idea of a social science and its relation to philosophy*, London, Routledge, 1994, 2nd ed., 3rd rep., p. 15.

³⁷ Sobre estes movimentos filosóficos, em geral, cfr., v.g., Javier MUGUERZA, ed., *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1974, 2 vols.; Francesco BARONE, *Il neopositivismo logico*, Roma-Bari, Laterza, 1977, 2 vols., G. BAKER, *Wittgenstein, Frege and the Vienna Circle*, Oxford, Blackwell, 1988; *Enciclopedia de la Filosofía*, Barcelona, Garzanti Editore, 1992, pp. 30-32, 729, 1027-1028. Sobre as desviantes interpretações levadas a cabo quer por Russell quer pelos positivistas lógicos do Círculo de Viena do *Tractatus* de Wittgenstein, temos também a obra, de natureza biográfica, de Allan JANIK e Stephen TOULMIN, *Wittgenstein's Vienna*, trad. esp. Ignacio Gómez de Liaño, *La Viena de Wittgenstein*, Madrid, Taurus, 1983, em especial o capítulo 7.

filósofos do círculo de Viena para participar em diversos colóquios. As posições que vem a defender nestes colóquios, que decorrem no final dos anos 20 e início da década de 30, são já demonstrativas do desacordo do filósofo em relação a muitas das ideias defendidas anteriormente. Anunciam, por outro lado, mais do que nunca, a explosão linguística a que se vai assistir a partir de meados do século, e de que se torna porta-estandarte, precisamente, a Escola analítica de Oxford. Dotada de uma enorme heterogeneidade doutrinal, o que verdadeiramente integra os chamados filósofos da linguagem ordinária é o considerarem-se herdeiros das *Investigações Filosóficas*, reconhecendo a possibilidade de através de minuciosas análises linguísticas realizadas com recurso à linguagem empregue usualmente no nosso dia-a-dia, afastando pois os usos técnicos e metafísicos da mesma linguagem, pura e simplesmente dissolver, mais do que resolver, os tradicionais problemas da filosofia. E isto pela própria clarificação do significado dos conceitos a partir da sua aplicação, do seu emprego, na linguagem corrente.

O relevo excessivamente instrumental que concederam ao tratamento das questões linguísticas, e os métodos analíticos que empregaram para proceder a esse tratamento, acarretaram a censura do próprio Wittgenstein, que eles consideravam, de um modo geral, seu mentor, e que os desprezava a ponto de desqualificar Oxford como um deserto filosófico³⁸. As transformações operadas no pensamento do filósofo entre a redacção do *Tractatus* e das *Investigações* passaram sobretudo, dissemo-lo já, por uma viragem metodológica. E por aqui passa também grande parte da crítica wittgensteiniana à filosofia analítica. “Intimamente ligada com a suposição de que toda a proposição deve ter um sentido definido está a suposição de que o processo de análise torna claro e explícito o sentido de uma proposição”.

Mostrando que o método de análise era absolutamente essencial a toda a doutrina do *Tractatus*, Fann considera perfeitamente correcto encarar o primeiro Wittgenstein como um filósofo analítico, concordando com as classificações que muito acertadamente foram sendo feitas da sua filosofia, juntamente com a de Russel, Moore e dos positivistas, como analítica³⁹. Ora, a concepção da linguagem assumida pelo filósofo nas *Investigações*, oposta àquela que ele denominava de concepção

³⁸ Cfr. Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA, *op.cit.*, pp. 43-44.

³⁹ Cfr. K.T.FANN, *op.cit.*, pp. 80 e ss..

augustiniana da linguagem⁴⁰, e que havia dominado a primeira parte do seu trabalho, leva-o a abandonar a análise como fundamental método filosófico. No seu *Caderno Castanho*, escrito em 1933-34, chega a ridicularizar o analítico como o método pelo qual se tenta encontrar a autêntica alcaçofra arrancando-lhe, uma a uma, as suas folhas⁴¹. Não admira, pois, que tão veementemente critique, sobretudo, os positivistas do Círculo de Viena. Crítica metodológica mas também de natureza substantiva. Quanto à Escola analítica de Oxford, também designada por Escola dos chamados filósofos da linguagem ordinária, há que ter presente a sua já mencionada heterogeneidade.

Na sua obra *Linguistic Turn*, Rorty refere-se, muito sarcasticamente, aos movediços fundamentos metafísicos da filosofia de Oxford, ao mesmo tempo que lembra a recusa da mesma em se considerar uma verdadeira Escola, e a relutância em se comprometer com teses metodológicas explícitas⁴². O que explica que seja, por vezes, considerada metodologicamente analítica e noutras ocasiões tratada como pós-analítica. Não parece que a consideração por Wittgenstein de Oxford como um deserto filosófico configure apenas uma censura quanto aos métodos empregues pelos filósofos da linguagem vulgar. Muito curiosa é a pequena recensão escrita em 1990 por Rorty à sua própria obra, *Linguistic Turn*, datada de 1965, e que intitula *20 Años Despues*⁴³. Surpreendido com o seu anterior entusiasmo em torno do fenómeno linguístico, denuncia agora a obscuridade do *slogan* que proclama que “os problemas filosóficos são problemas linguísticos”, tese que constitui o denominador comum das posições metafísicas dos filósofos da linguagem vulgar. O seu desencanto é agora perceptível, tanto como o pragmatismo que o faz duvidar da possibilidade de apreender

⁴⁰ “Ao descrever Agostinho de Hipona a sua aprendizagem da linguagem, diz que lhe ensinaram a falar aprendendo os nomes das coisas. Torna-se evidente que, quem diga isto, está a pensar no modo como uma criança aprende palavras como «homem», «açúcar», «mesa», etc. Não pensa em princípio em palavras como «hoje», «mas», «talvez»”. Assim começa Wittgenstein o seu *Livro Castanho*. Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *Los Cuadernos azul y marrón*, Madrid, Tecnos, 2007, 5.ª ed, p. 114.

⁴¹ Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *op.cit.*, p. 170. Fann lembra que a mesma metáfora havia já sido empregue por Bergson, na sua *Introduction à la métaphysique*. Cfr. K.T.FANN, *op. cit.*, p. 83, nota 7.

⁴² Cfr. Richard RORTY, *El giro lingüístico. Dificultades metafísicas da la filosofía lingüística*. Barcelona, Ediciones Paidós, 1990, trad. do original *The linguistic turn: recent essays in philosophical method*, 1967.

⁴³ Escrita por ocasião da tradução para castelhano do primeiro título e de um intermédio, que constituía uma recensão à obra de Ian Hacking *Does language matter to philosophy?* de 1975, e que na tradução figura com o título *Diez años despues*. Cfr. Richard RORTY, *op.cit.*.

realidades como as subjacentes às expressões “problemas filosóficos” ou “problemas de linguagem”. A primeira razão que aduz é a da dificuldade em pensar a filosofia, nesta altura, como “uma das actividades humanas identificáveis”, que permita encarar os “problemas de filosofia” como um género natural. Reconhece depois a falta de inclinação que sente para pensar que possa existir tal coisa como a “linguagem”, num qualquer sentido que nos autorize a falarmos em “problemas de linguagem”. Completa assim o esboço das suas razões “para crer que nem «filosofia» nem «linguagem» nomeiam algo unificado, contínuo ou estruturado”, e deste modo, porquê resiste agora em falar dos «problemas da filosofia» ou de «problemas linguísticos»⁴⁴.

3. A racionalidade científica oitocentista e o império linguístico contemporâneo. Linguagem e *Lebensform*. Linguagem e pensamento

Mas a verdade é que o domínio do fenómeno linguístico na perspectivização de problemas filosóficos ou de realidades culturais não mais cessou até aos dias de hoje, assumindo no pensamento contemporâneo um protagonismo que Wittgenstein, eixo substancial desta verdadeira mudança de paradigma, seria talvez o primeiro a rejeitar. Um protagonismo que, em certa medida, legitima autores como Seiffert quando designa “a época da linguagem como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e Idade Média), e da época da consciência (Idade Moderna até à análise da

⁴⁴ “Dizer que a filosofia linguística está agora ante nós não é dizer que a filosofia analítica está agora ante nós, mas apenas que a maior parte daqueles que se chamavam a si mesmos «filósofos analíticos» agora recusariam o epíteto de «filósofos linguísticos», e não se descreveriam a si próprios como «aplicando métodos linguísticos». A filosofia analítica é agora o nome não da aplicação de tais métodos aos problemas filosóficos, mas simplesmente o de um conjunto particular de problemas a discutir pelos professores de filosofia em certas partes do mundo. Estes problemas, de momento, centram-se em problemas de realismo e anti-realismo – um facto que nós, davidsonianos, desde logo, deploramos. Em que é que se vão centrar uma década mais tarde, não gostaria de prever. Na medida em que os filósofos analíticos estão tipicamente treinados para prestar escassa atenção à história do pensamento, e na medida em que o seu próprio sentido da função e o papel cultural da sua disciplina carece de uma âncora para barlavento, o ponto de mira das suas investigações tende a virar bruscamente de década em década”. Cfr. Richard RORTY, *op. cit.*, anexo *Veinte años despues*, p. 167, nota 10.

linguagem)”⁴⁵; ou como Apel ao defender que “a filosofia primeira não é mais a investigação da natureza ou da essência das coisas ou dos entes (ontologia), e também não a reflexão sobre as representações ou os conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas a reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem)”⁴⁶. A ideia é confirmada pelo próprio Richard Rorty, para quem “é bastante plausível a imagem segundo a qual a filosofia antiga e medieval se ocupa com as coisas, a filosofia dos séculos XVIII e XIX com as ideias e a esclarecida cena filosófica contemporânea com as palavras”⁴⁷. Vivemos no reino da palavra. Uma palavra que, ultrapassando em muito os domínios que lhe estavam reservados pelas *Investigações Filosóficas*, não deixa de se revestir de muitas das características que o pensador de Viena lhe tinha reconhecido.

Antes ainda de voltarmos ao nosso ponto de partida, da fértil articulação dos estudos jurídicos com os literários, atentemos numa outra circunstância que se revelará extremamente importante ao avaliarmos os reflexos de toda a expansão linguística a que nos temos vindo a referir no universo do pensamento jurídico.

Ao inusitado interesse suscitado pelo fenómeno linguístico na viragem do século XIX para o século XX, um interesse que desde então se desmultiplicou pelos mais variados domínios do conhecimento, parece subjazer um ânimo muito particular. Em linhas muito gerais, diríamos que este novo olhar se integra em (se é que não comanda) todo um movimento de reacção ao pensamento científico de feição oitocentista. É, como já tivemos oportunidade de comentar, uma reacção com que o próprio trabalho de Wittgenstein se encontra comprometido, de modo particularmente original. Uma determinada linguagem e uma determinada concepção linguística são realidades intimamente ligadas às respectivas formas de vida que servem e que ao mesmo tempo as alimentam. Há, como vimos argumentado nas *Investigações Filosóficas*, uma permanente interacção entre linguagem e forma de vida. O entendimento que temos do mundo, da realidade social, cultural e humana circundante, molda a linguagem que

⁴⁵ Cfr. Helmut SEIFFERT, *Introducción a la teoría de la ciencia*, trad. esp. Raúl Gabás, Barcelona, Editorial Herder, 1977, p. 32.

⁴⁶ Cfr. Karl-Otto APEL, *Transformation der Philosophie*, II, apud António Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 116 e ss..

⁴⁷ Richard RORTY, *Philosophy and the mirror of nature*, trad. esp. Jesús Fernández Zulaica, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1987, p. 242.

usamos, da mesma forma que esta se imprime naquele entendimento, naquela mundividência. Nada mais natural, pois, que uma alteração a nível dessas formas de vida, a nível, nomeadamente, do próprio modo de entender e de pensar o mundo, se repercute nessa concepção linguística, e vice-versa.

Ora, o momento é de reacção, por parte de alguns quadrantes intelectuais, ao pensamento científico inspirado nas Luzes. Um pensamento característico de toda uma *Lebensform*, que se alimenta de uma profunda crença nas potencialidades da razão humana para alcançar verdades absolutas e universais. Crença na racionalidade abstracta e nos métodos lógico-dedutivos para obter um conhecimento perfeito e objectivo do mundo. A própria possibilidade de o homem, ente racional, ser capaz de alcançar conhecimentos verdadeiros, rigorosos e absolutos, distingue o espírito oitocentista, e, ao mesmo tempo que toma conta dos vários domínios do conhecimento, reclama uma concorde concepção linguística. Exige-se uma linguagem que não se compadeça com incertezas, polissemias ou faltas de rigor. Exige-se uma linguagem que obedeça às mesmas regras lógicas a que obedece o conhecimento e que seja um espelho fiel da realidade. Estranhamente, ou talvez nem tanto, a reacção a este espírito, a toda esta forma de vida, a esta atitude de pendor fundamentalista, materializa-se numa viragem na direcção da linguagem: no sentido da importância, da riqueza, e da complexidade do fenómeno linguístico. Para o conhecimento, para a sua transmissibilidade, e para a própria construção da comunidade.

A história do pensamento mostra-nos a dificuldade que desde sempre se verificou existir quanto à identificação das relações presentes entre pensamento e linguagem. Uma questão muito debatida ao longo dos tempos, com a qual Wittgenstein não deixou de se preocupar. Embora entendesse que “«falar» (em voz alta ou interior) e «pensar» não são conceitos do mesmo género”⁴⁸, reconhecia a sua íntima ligação, e as angustiantes questões que se coloca, mostram a dificuldade sentida no momento de distinguir as duas actividades:

“Pode-se pensar sem falar?”;

“É pensar uma espécie de falar?”;

⁴⁸ Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas*, II Parte, parágrafo 174, p. 583.

“Se agora se pergunta: «Tens os pensamentos antes de teres a expressão?», o que é que se deveria responder? E o que é que se deve responder à pergunta: «Em que é que consistiu o pensamento, tal como era antes da sua expressão?»⁴⁹.

Um outro modo de formular a questão seria o de nos interrogarmos quanto à natureza da linguagem. Será esta mero veículo do pensamento, instrumento através do qual se torna possível a sua cristalização, a sua transmissão, a sua exteriorização? Será ela mera forma, roupagem que envolve as ideias sem contudo lhes alterar a substância? Ou, pelo contrário, será a linguagem capaz de ultrapassar esses limites adjectivos para se transformar ela mesma em poder verdadeiramente criador e constitutivo das realidades? Em que medida não é já a própria expressão constitutiva da ideia a que não deixa de dar forma?

Nem sempre a expressão acompanha o pensamento, ficando-lhe muitas vezes aquém, outras tantas lhe indo bastante para além. Nem sempre a expressão consegue reproduzir as hesitações do pensamento, os seus perturbantes labirintos, o seu tantas vezes caótico desenvolvimento. Falar e pensar são realidades distintas. Mas indissociáveis, sem que uma se limite a enformar a outra, qual continente a um conteúdo. Será a linguagem consubstancial ao pensamento? Émile Benveniste sugere que a forma linguística seja mais do que condição de transmissibilidade do pensamento para se assumir como verdadeira condição da sua realização⁵⁰.

Onde é que tudo isto nos leva quanto às relações entre a linguagem e o mundo, entre a palavra e a coisa? Tivemos antes oportunidade de mencionar um texto de Cristina Lafont em que a autora afirma que tanto Humboldt, na tradição da filosofia da linguagem alemã, como Frege, na anglo-americana, deram início aos seus movimentos de viragem linguística, pela introdução da distinção entre sentido e referência⁵¹. Este, no

⁴⁹ Cfr. *ibidem*, parágrafos 327, p. 370, 330, p. 371, 335, p. 373, respectivamente.

⁵⁰ Cfr. Émile BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966, p. 63. Sobre estas questões, ver, em geral, José HIERRO S. PESCADOR, *Principios de filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza, 1980-1982, 2 vols; Francesco CONESA & Jaime NUBIOLA, *Filosofía del lenguaje*, Barcelona, Herder, 1999; P. CASALEGNO, *La filosofía del linguaggio*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1997.

⁵¹ Os estudos fundamentais de Frege podem ler-se em Gottlob FREGE, *Estudios sobre semántica*, Barcelona, Ariel, 1984. Sobre o autor, ver em particular Juan José ACERO / Eduardo BUSTOS / Daniel QUESADA, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1982, cap. 4; Christian THIEL,

fundo, o problema crucial de toda a filosofia da linguagem⁵². Emilio Lledó entende que a filosofia da linguagem arranca precisamente da reflexão sobre o problema do grau de relação da linguagem com as coisas, considerando o *Crátilo* de Platão, historicamente, como a primeira pedra do vasto edifício da filosofia da linguagem⁵³. Uma obra em que, como se anuncia no próprio sub-título, se assiste a um diálogo sobre a justeza dos nomes, e em que se expõem as duas teses fundamentais que, até essa data como a partir dela, sobre o tema vão esgrimindo argumentos: uma, que no *Crátilo* é defendida pelo próprio, segundo a qual a relação entre nomes e nomeados é natural, constituindo o nome uma fiel reprodução ou representação da coisa ou do objecto; a outra, perfilhada por Hermógenes, que sustenta a natureza eminentemente convencional e arbitrária da linguagem, quebrando assim o vínculo referencial existente entre a palavra e a coisa.

Não é fácil, através do *Crátilo*, descobrir de que lado da contenda se situa o próprio autor, mas não será demasiado arrojado dizer que a filosofia grega começa nesta altura a lutar contra a identificação plena da linguagem com o pensamento e da palavra com a coisa. É a própria natureza simbólica da linguagem que reclama tal separação, cuja existência e respectivos termos, respectivas gradações, desde sempre têm alimentado as mais diversas tradições da filosofia da linguagem⁵⁴.

E, mais uma vez, no momento de viragem pós-oitocentista a que nos temos vindo a referir, os espíritos mais críticos vão acentuar essa separação. No contexto desta viragem, sobretudo na segunda metade do século XX, há uma orientação de tipo neopositivista e pragmático, que tem a sua mais alta expressão em Austin e Searle, e uma outra, de tipo idealista, que vem a desembocar em autores como Derrida ou

Sentido y referencia en la lógica de Gottlob Frege, Madrid, Tecnos, 1972; A. KENNY, *Introducción a Frege*, Madrid, Cátedra, 1997.

⁵² Sobre o assunto, em geral, cfr. Ernie LEPORE / Barry C. SMITH, eds., *The Oxford handbook of philosophy of language*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁵³ Cfr. Emilio LLEDÓ, *Filosofía y lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1995, pp.20 e ss.; PLATÃO, *Crátilo. Diálogo sobre a justeza dos nomes*, trad. do grego de P.e Dias Palmeira, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1994, 2.ª ed.; Gérard GENETTE, *Mimologiques. Voyage en Cratylie*, Paris, Seuil, 1976.

⁵⁴ O debate entre filósofos realistas e nominalistas atinge um momento de particular calor intelectual com a medieval *Querela dos Universais*, que opõe tomistas a occamistas, mas é verdadeiramente um debate de todos os tempos, e sempre actual. Cfr., entre outros, Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Les Éditions Montchrétien, 1975, 4.ª ed., pp. 147-263. Concretamente sobre a perspectiva da palavra como signo em Guilherme de Ockam, “príncipe dos nominalistas”, cfr. Manuel MACEIRAS FAFIÁN, *op.cit.*, pp. 45-48.

Barthes. Um aspecto que, a dada altura, se vê sobressair, é o da acentuação das limitações da linguagem e, sobretudo, da razão e do conhecimento humanos. Acentuam-se as suas inconsistências, as suas descontinuidades, o seu carácter fragmentário. Acentua-se a natureza irremediavelmente situada desse conhecimento, dessa razão e dessa linguagem. E de qualquer *Lebensform*.

Capítulo II – O Direito e a viragem linguística/interpretativa do século XX

1. O Direito como um saber de palavras / cultura de interpretação

Enquanto particular forma de vida, fruto de uma cultura e criador da mesma cultura, enquanto especial jogo de linguagem, o fenómeno jurídico não escapa a nenhum destes processos, tendo-se mostrado ao longo da história um magnífico laboratório onde confirmar ou infirmar as hipóteses avançadas pela filosofia da linguagem. Precisamente porque o mundo do Direito é um mundo que se move, nas suas mais diversificadas facetas, ao longo dos trilhos sulcados pela palavra, pelo texto, pelo discurso escrito ou oral. Seja a letra dos códigos ou a sentença do magistrado, trate-se do argumento do causídico ou da palestra do académico, a normatividade jurídica tem uma existência eminentemente verbal e textual⁵⁵.

⁵⁵ “A linguagem constrói o direito. Os julgamentos são acontecimentos linguísticos. A linguagem é central para o direito e o direito, tal como o conhecemos, é inconcebível sem a linguagem”. Quem o afirma é John Gibbons, que continua afirmando que “a linguagem é meio, processo e produto nas várias arenas do direito, onde os textos jurídicos, orais ou escritos, se geram ao serviço da regulamentação do comportamento social”. Cfr. John GIBBONS, ed., *Language and the law*, London, Longman, 1994, pp. 3 e 11. Partindo da fundamental asserção segundo a qual o estudo da linguagem do processo judicial é essencial para alcançar um melhor entendimento desse mesmo processo, Judith Levi observa que “por estranho que pareça, a validade desta asserção foi pouco reconhecida até há pouco tempo atrás, apesar da linguagem ser o veículo através do qual o direito é transmitido, interpretado e executado em todas as culturas. O veículo era, aparentemente, tão ubíquo e uma parte tão natural dos nossos quotidianos, que era simplesmente tido como garantido e portanto largamente ignorado, em anteriores estudos dos sistemas judiciais. De qualquer forma, o reconhecimento do seu papel enquanto variável altamente significativa nos trabalhos dos nossos tribunais, veio lentamente, com os primeiros estudos significativos a aparecer apenas nas últimas duas décadas. Apesar de tudo, não é preciso pensar muito para reconhecer o facto de que o resultado de praticamente todas as dimensões do processo judicial nas suas aplicações diárias é, pelo menos em parte, função daquilo que é dito, por quem, a quem e como”. Cfr. Judith LEVI / Anne Graffam WALKER, eds., *Language in the judicial process*, New York and London, Plenum Press, 1990, pp. 4 e ss.. A bibliografia relativa ao assunto é hoje praticamente incomensurável, mas uma das mais emblemáticas obras já dedicadas ao tema é sem dúvida a de David MELLINKOFF, *The language of the law*, publicada em 1963 pela Little, Brown and Company, e recentemente (2004) reimpressa pela Wipf and Stock Publishers. Logo no Prefácio, o autor constata o desequilíbrio existente: “O direito é uma

Lembramos aqui um trabalho muito interessante, que voltaremos a referir, em que Jane Baron e Júlia Epstein analisam a possível natureza narrativa do Direito, e o papel que na prática judiciária desempenham as histórias, as narrativas e a própria retórica⁵⁶. A seu tempo nos debruçaremos sobre essas questões, retendo apenas, neste momento, um alerta que as autoras lançam a propósito da indisciplina que vai reinando no emprego pela teoria do Direito de terminologia retirada do domínio da crítica literária. A ausência de uma delimitação mais ou menos rigorosa de termos provenientes do vocabulário básico da teoria literária tem dado origem a alguma confusão e algum exagero tanto por parte de quem defende como por parte de quem ataca a associação de estudos jurídicos com estudos literários. E se Baron e Epstein se referem a categorias como as de narrativa, história ou literatura, não será de todo despiciendo estender a preocupação ao emprego de termos como os de texto ou de discurso, que os linguistas, mais do que qualquer outra classe de investigadores, se têm empenhado em analisar⁵⁷. Assim, podemos dizer que adoptamos a abrangente noção hjelmsleviana de texto, de acordo com a qual esta designa um enunciado linguístico seja ele qual for, falado ou escrito, longo ou breve, antigo ou novo⁵⁸. Não é muito diferente a definição dada por Oswald Ducrot que, reconhecendo embora que “a noção de texto, largamente utilizada no quadro da linguística e dos estudos literários, raramente é definida de modo claro”⁵⁹,

profissão de palavras. No entanto, numa vasta literatura jurídica, a parte dedicada à linguagem do direito constitui um simples grão de areia no fundo de um vasto oceano”.

⁵⁶ Cfr. Jane BARON / Julia EPSTEIN, “Is law narrative?”, *Buffalo Law Review*, vol. 45, pp. 141 e ss., 1997.

⁵⁷ Cfr., v.g., Daniel VANDERVEKEN, *Les actes de discours*, Liège, Mardaga, 1988; Patrick CHARAUDEAU / Dominique MAINGUENEAU, *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Seuil, 2002; Helena BLANCAFORT CALSAMIGLIA / Amparo TUSÓN VALLS, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, Barcelona, Ariel, 2004, 3.ª ed..

⁵⁸ Cfr. v.g. Angelo MARCHESE e Joaquín FORRADELLAS, *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, Barcelona, Ariel, 1994, 4.ª ed., p. 400.

⁵⁹ O receio de avançar com uma tal definição parece ser partilhado por muitos estudiosos, como observa Aguiar e Silva: “... o conceito de texto suscita ainda muitas dificuldades e dúvidas, não sendo raro que os próprios investigadores especializados se eximam a uma sua definição explícita e rigorosa”. Não é o caso, de resto, do próprio autor, que, de modo algum se esquivando a essa obrigação, define texto como “um conjunto permanente de elementos ordenados, cujas co-presença, interação e função são consideradas por um codificador e/ou por um decodificador como reguladas por um determinado sistema sócio”, passando depois a analisar detalhadamente as propriedades formais que, em consonância com a definição

acaba por identificar a noção de texto, de acordo com o uso que lhe é dado na pragmática textual, com uma “cadeia linguística falada ou escrita, formando uma unidade comunicacional, pouco importando que se trate de uma sequência de frases, de uma frase única ou de um fragmento de frase”⁶⁰. Procurando estabelecer uma relação entre texto e discurso, o mesmo autor esclarece que essa relação dependerá, naturalmente, daquilo que se entender por discurso. Se se adoptar uma noção de discurso que o identifique com o conjunto de enunciados proferidos por um enunciador, caracterizado por uma unidade global de tema, o discurso poder-se-á fazer coincidir com um texto (será o caso de uma comunicação escrita) ou com um conjunto de textos (numa conversa, onde interajam dois ou mais discursos centrados sobre o seu respectivo tema global e, em geral, constituídos, cada um, por vários textos)⁶¹. Autores há que fazem coincidir a noção de discurso com a de *parole*, no sentido da famosa distinção saussuriana entre *langue* e *parole*. O discurso seria, como a *parole*, a linguagem posta em acção, assumida pelo sujeito falante⁶².

Não parece demasiado chocante, seja qual for o entendimento adoptado, afirmar a natureza textual do Direito ou sugerir a análise do discurso jurídico. O vínculo existente entre o Direito e a palavra, suas forças e suas fraquezas, é íntimo e ancestral. A linguagem corre por todos os cantos e recantos do Direito: ao longo das suas veias e das suas artérias, é a seiva linguística que alimenta os seus movimentos, a sua alma, a sua própria existência. Na feliz expressão do antropólogo Lévi-Strauss, todo o problema começa por ser um problema de linguagem⁶³. As questões jurídicas, acrescentamos nós,

apresentada, caracterizarão o mesmo texto: expressividade, delimitação e estruturalidade. Cfr. Vítor Aguiar e SILVA, *Teoria da Literatura*, Coimbra, Almedina, 2000, 8.ª ed., pp. 561 e ss..

⁶⁰ Cfr. Oswald DUCROT / Jean-Marie SCHAEFFER, *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Paris, Éditions du Seuil, 1995, p. 494.

⁶¹ Cfr. *ibidem*, pp. 494 e ss.. O discurso é, para Émile Benveniste, um enunciado linguístico supondo um locutor e um auditor, e supondo no primeiro a intenção de influenciar o outro. Cfr. Dominique MAINGUENEAU, *Le discours littéraire. Paratopie et scène d'énonciation*, Paris, A. Colin, 2004, em particular os capítulos 1 a 4.; Gérard DESSONS, *Émile Benveniste, l'invention du discours*, Paris, Éditions In Press, 2006.

⁶² Cfr. Jean DUBOIS e outros, *Dictionnaire de linguistique*, Paris, Larousse, 1973, pp. 156 e ss.; Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Édition critique préparée par Tullio De Mauro, Paris, Payot, 1972, pp. 170-171. Para uma análise exaustiva das variantes conceptuais do termo “discurso”, v.g. Vítor Aguiar e SILVA, *op.cit.*, pp. 568 e ss..

⁶³ Citado por Ángel Martín del BURGO y MARCHÁN, *El lenguaje del derecho*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 7.

não só não são excepção como se podem considerar paradigma desta origem linguística. Sem nos querermos antecipar relativamente a questões sobre as quais nos iremos debruçar ao longo deste trabalho, temos no entanto necessidade, até metodológica, de expor desde já determinadas ideias, sobre as quais a crítica muito tem discorrido, e que têm as suas raízes naturais nesta intimidade partilhada entre direito e linguagem. É o caso do relevo, que nos parece essencial, que as histórias, as narrativas assumem no palco judiciário, hoje como sempre, ou da força que a retórica jurídica manifesta nos processos de criação e manifestação do Direito; é o aspecto verdadeiramente crucial da omnipresença de processos interpretativos nas mais variadas facetas assumidas pela vivência jurídica. Planos jurídicos, estes, que surgem como desenvolvimentos quase naturais daquela elementar familiaridade entre direito e linguagem, que constitui verdadeiramente o ponto de partida de muitos e fecundos caminhos que têm vindo a ser trilhados ao longo daqueles domínios. Um ponto de partida que é também reclamado pelo entendimento da actividade jurídica como fundamental actividade comunicativa, ontologicamente societária e intersubjectiva⁶⁴. É esta natureza comunitária do Direito que permite entendê-lo como parte de uma cultura, como autêntico compromisso cultural. Tal como a aprendizagem da língua, a aprendizagem do Direito acontece no seio do grupo: no seio da família, em primeira mão, e em segundo lugar no interior dos grupos sociais mais alargados em que a família se vai movendo. “A adesão à linguagem da cidade”, refere-nos a este propósito Anne Cauquelin, representa a “adesão a um conjunto de acções memoráveis e a repetição não de caracteres mas de acções: a aprendizagem da língua é a aprendizagem da própria moral civil”⁶⁵. O texto soa inequivocamente a Austin e à sua teoria da força ilocutória, referida aos actos

⁶⁴ Reflectindo sobre a aproximação hermenêutica ao Direito a partir da qual Giuseppe Zaccaria tenta estabelecer o diálogo com a filosofia analítica, Mark Tushnet destaca justamente a centralidade que para o jurista italiano tem a linguagem no mundo jurídico, enquanto veículo de qualquer sentido partilhado, num contexto de intersubjectividade e de interacção social. E quem diz linguagem, diz comunidade, pois o direito não pode desenvolver-se senão no nexa que estabelece com os valores operativos de uma concreta comunidade, actuando no âmbito de um horizonte histórico de valores partilhados e enraizados numa comunidade linguística historicamente situada. Cfr. Ioannis S. PAPADOPOULOS and Mark TUSHNET, “Legal hermeneutics at a crossroads: Giuseppe Zaccaria’s questioni di interpretazione (1996)”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, pp. 261 e ss., Summer 2000.

⁶⁵ Cfr. Anne CAUQUELIN, *Aristote. Le langage*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 15.

linguísticos através dos quais dizer algo é fazer algo⁶⁶. Também a aprendizagem da linguagem jurídica, e sobretudo da cultura jurídica naquela implicada, se faz no seio da comunidade, de uma específica comunidade, e se confunde, igualmente, com a aprendizagem de determinadas acções e de determinados comportamentos. A aprendizagem e a vivência de uma certa linguagem, de uma dada cultura, e de uma dada cultura jurídica, acabam por se fundir na aprendizagem e vivência de uma certa forma de vida.

A defesa desta identidade cultural, linguística e mesmo literária do Direito tem sido magistralmente empreendida por James Boyd White, autor norte-americano cujo nome está indelevelmente gravado nas origens dos estudos académicos interdisciplinares de Direito e Literatura, Direito e Cultura, Direito e Linguagem. Ao longo de toda a sua extensa obra, Boyd White tem convincentemente sugerido uma imagem do Direito enquanto actividade social e cultural, enquanto linguagem que conforma a própria especificidade comunitária⁶⁷. Uma actividade que funciona, que se exercita, a partir de materiais previamente disponibilizados: uma linguagem herdada, uma cultura estabelecida, uma comunidade existente⁶⁸. Mais do que com um conjunto

⁶⁶ Cfr. os a todos os níveis emblemáticos *How to do things with words*, de J.L. AUSTIN, London, Oxford University Press, 1976, 2.^a ed.; *idem*, *Philosophical papers*, Oxford, Oxford University Press, 1985, 3.rd ed.. Sobre a questão, ver também John SEARLE, *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970; *idem*, *Expression and meaning: studies in the theory of speech acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985. Sobre a pragmática, em geral, cfr. Steven DAVIS, *Pragmatics. A reader*, New York–Oxford, Oxford University Press, 1991; Stephen LEVINSON, *Pragmatics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983; L. R. HORN / G. WARD, eds., *The handbook of pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2003; Jef VERSCHUEREN, *Para entender la pragmática*, Madrid, Gredos, 2002; M. Victoria ESCANDELL, *Introducción a la pragmática*, Barcelona, Ariel, 2006, 2.^a ed.; H. P. GRICE, *Studies in the way of words*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989.

⁶⁷ De entre esta vasta obra, destaquem-se: *The legal imagination*, Chicago, The Chicago University Press, 1985; *Justice as translation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990; *Heracle's Bow. Essays on the rhetoric and poetics of the law*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1985; *When words loose their meaning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984; *Acts of Hope*, The University of Chicago Press, 1994; “Imagining the law”, in Austin SARAT / Thomas KEARNS, eds., *The rhetoric of law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1994.

⁶⁸ Cfr. James BOYD WHITE, *Heracle's Bow*, pp. x-xiii. Esta aproximação íntima entre Direito e cultura é igualmente objecto de interessantes obras como *Law as Culture: an invitation*, de Lawrence ROSEN, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006, ou *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, de Paul KAHN, Barcelona, Gedisa, 2001. Ver ainda Peter

de normas e de regras, instituições ou estruturas burocráticas e governativas, o Direito deverá ser entendido como uma linguagem, “complexa, com muitas vozes, associativa e profundamente metafórica”⁶⁹. Uma linguagem que não se identifica apenas através de um conjunto de palavras com determinado sonoridade, mas antes por um “conjunto de actividades sociais e intelectuais, que constituem tanto uma cultura – um conjunto de recursos para o discurso e acção futuros, modos de reclamar sentido para a experiência -, como uma comunidade, um conjunto de relações entre seres humanos concretos. O Direito pode assim ser visto, simultaneamente, como uma linguagem, uma cultura e uma comunidade”⁷⁰. Uma ideia que está de acordo, aliás, com o modo como se organiza o ensino nas Escolas de Direito, como constata White numa obra mais recente⁷¹. Sempre muito empenhado nas questões pedagógicas levantadas pelo ensino do Direito, que constituem, diga-se, uma das principais preocupações e um dos principais interesses dos estudiosos do Direito e Literatura, observa que aquilo que se aprende (ou deve aprender) nas Faculdades ou Escolas de Direito não é um conjunto de regras, ou mesmo de regras, princípios e políticas, mas antes toda uma forma de pensar e falar. Implicada em toda esta concepção do Direito, enquanto modo de ler, escrever e falar, está a importância crucial e verdadeiramente constitutiva dos processos interpretativos, aos

FITZPATRICK, “«The damned word»: culture and its (in)compatibility with law”, *Law, Culture and the Humanities*, I, 1, 2005, pp. 2-13.

⁶⁹ Cfr. James Boyd WHITE, *op.cit.*, pp. xi-xii.

⁷⁰ Cfr. *ibidem*, p. xi.

⁷¹ Cfr. J. BOYD WHITE, *From expectation to experience: essays on law & legal education*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000. Tendo em mente o ensino jurídico que é levado a cabo em Universidades e Escolas de Direito norte-americanas, naturalmente, as suas reflexões não deixam de fazer sentido no que a nível da esfera jurídica europeia se deverá passar. O mesmo já tivemos oportunidade de afirmar em *Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar*, Revista do CEJ, 2.º semestre 2004, N.º 1, pp. 9 e ss.. Ainda em relação às particularidades do ensino do Direito, que Elizabeth Mertz demonstrou convincentemente ser um processo fundamentalmente linguístico, atentar na apreciação feita por John Conley e William O’Barr do ensino jurídico em escolas de Direito também norte-americanas. Reflectindo naquilo que molda a específica estrutura discursiva que caracteriza alguns dos registos linguísticos mais característicos do Direito, concluem os autores que aquilo para que a maioria do ensino do Direito está vocacionado é para ensinar os seus alunos a “pensar como advogados”, o que tem o lado mau de os poder fazer perder contacto com a sua própria sociedade. Cfr. John CONLEY e William O’BARR, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998, *max.* pp. 133 e ss.; Elizabeth MERTZ, *Recontextualization as socialization: text and pragmatics in the law school classroom*, *apud* John CONLEY and William O’Barr, *op.cit.*, pp. 134 e ss..

quais White dedica grande parte dos seus trabalhos. Implicada está também uma imagem da realidade jurídica enquanto culturalmente argumentativa: o Direito é plenamente identificado com uma cultura argumentativa, retórica e interpretativa. Veremos mais atentamente o que se entende por tal mas, ainda antes disso, centremos a nossa atenção numa outra questão prévia.

2. Introdução às especificidades da linguagem jurídica

Já assentámos na ideia, de certo modo pacífica, de que o universo jurídico é um universo constitutivamente linguístico, sendo os juristas verdadeiros escritores, compositores e oradores⁷². Mas que linguagem é a do direito? A que falamos todos os dias, uns com os outros, e que é, incontestavelmente, pressuposto para a aprendizagem de qualquer outra linguagem? Ultrapassará a linguagem jurídica esse patamar da linguagem dita ordinária? E como saber qual é verdadeiramente o ponto em que se abandonam os domínios da linguagem vulgar para entrar numa linguagem, por exemplo, técnica? Qual a natureza da linguagem jurídica?

Os próprios linguistas têm mostrado alguma dificuldade em traçar as fronteiras entre aquela que designam linguagem natural, usada por todos na sua expressão e comunicação quotidianas, e as chamadas linguagens especializadas, que podem ser mais ou menos técnicas, e que representam variantes linguísticas específicas em função do grupo social, da profissão, da zona geográfica ou mesmo da faixa etária. Se as particularidades apresentadas por determinados dialectos ou sociolectos são relativamente notórias e identificáveis, os desvios apresentados por algumas linguagens profissionais em relação à linguagem vulgar, já de si com fronteiras não plenamente claras, apresentam-se por vezes algo indistintos. Mas incontestavelmente presentes. Observa Lewandowski que não são as características gramaticais, sintácticas ou similares que diferenciam as linguagens especializadas, técnica ou profissionalmente, da linguagem coloquial, *standard*. O que as distingue é sobretudo “um vocabulário especial que serve as necessidades práticas, na medida em que com a sua ajuda se podem compreender e comunicar realidades, relações e processos dentro da

⁷² Sobre a natureza linguisticamente constituída da realidade socio-jurídica, cfr. Jane BARON, “Language Matters”, *The John Marshall Law Review*, vol. 34, pp. 163 e ss., Fall, 2000.

especialidade ou matéria correspondente. No vocabulário de uma linguagem técnica, continua o autor, “podem aparecer expressões não usuais na língua *standard*, combinações novas de morfemas da língua *standard*, expressões usuais com um significado específico para essa especialidade”⁷³. Charles Morris sugere uma original concepção de discurso, que se confunde precisamente com a noção de linguagem especial enquanto “conjunto de usos linguísticos peculiares, pragmática e funcionalmente condicionados, existentes numa determinada língua histórica”⁷⁴. Morris considera o discurso como uma especialização, realizada ao longo do tempo, da linguagem comum, da fala quotidiana, fala esta que constituiria, já de si, “um extraordinariamente complicado complexo de sinais, contendo sinais em todas as modalidades de significação, e que serve uma ampla variedade de propósitos”⁷⁵. Um dos dezasseis tipos de discurso que identifica é precisamente o do discurso jurídico.

Mas o que é que torna a linguagem jurídica uma linguagem especial? É claro que aquela a que chamamos linguagem vulgar, coloquial, é sempre metalinguagem de qualquer outra que dela se distancie com o propósito de servir específicos interesses⁷⁶. Nessa medida, verdade de M. de la Pallice, a linguagem jurídica, como a linguagem médica ou jornalística, sempre tem que começar por ser comum. Até pela própria necessidade, que no direito é estrutural, de comunicar com a comunidade leiga. Se pretende regulamentar as condutas humanas e ser sede institucional da resolução de conflitos no seio da comunidade, tem forçosamente que se saber exprimir num discurso acessível ao não jurista. As conversas que decorrem entre clientes e advogados têm que fazer uso de uma linguagem que ambos reputeem inteligível, da mesma forma que é

⁷³ Cfr. Theodor LEWANDOWSKI, *Diccionario de Lingüística*, Madrid, Cátedra, 1982, p. 206.

⁷⁴ Cfr. Vítor Aguiar e SILVA, *op.cit.*, p. 569.

⁷⁵ Cfr. Charles MORRIS, *Writings on the general theory of signs*, Hague, Mouton, 1971, p. 203, *apud* Vítor Aguiar e SILVA, *op.cit.*, pp. 568-9.

⁷⁶ Observa Warat que o objecto da ciência jurídica é algo que já pré-cientificamente se apresenta como linguagem. Afirma também o autor argentino, avançando com um excelente mote para os estudos da linguagem do Direito, que “no campo jurídico, os seculares problemas que provocaram as controvérsias sobre o alcance de algumas figuras jurídicas, como sejam as lacunas da lei, a ordem pública, o abuso de direito, a natureza jurídica, etc., podem encontrar no tratamento linguístico um caminho de esclarecimento”. Cfr. Luís Alberto WARAT e António Anselmo MARTINO, *Lenguaje y definición jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1973, pp. 18-19.

imprescindível que os particulares entendam as decisões judiciais, nomeadamente as que lhes dizem directamente respeito⁷⁷.

A verdade, no entanto, é que nem sempre assim é, e que, por vezes, não pode ser de outra forma. Naturalmente, são vários os registos discursivos em que se materializa o universo jurídico. Não temos apenas aquelas conversas entre advogados e clientes, nem os esclarecimentos oralmente prestados pelos magistrados às partes processuais. Aliás, se a linguagem falada é, mais do que a escrita, o principal veículo para a comunicação em sistemas jurídicos por todo o mundo, como nos diz Judith Levi, a verdade é que é com a linguagem escrita do direito que a maior parte dos leigos associa a expressão “linguagem jurídica”. “Talvez porque o «legalês» escrito (em documentos como contratos de seguros, empréstimos, formulários de impostos) é a forma da linguagem jurídica com que nos encontramos – e com que lutamos – mais frequentemente no nosso dia-a-dia. E é a qualidade da linguagem escrita nesses documentos que desperta intensas reacções por parte de muitos cidadãos, que sentem que a linguagem nesses casos serve não como meio, mas antes como obstáculo à comunicação efectiva”⁷⁸. Aos documentos referidos, não hesitaríamos acrescentar a própria legislação, face porventura mais visível dessa linguagem escrita do Direito nos nossos sistemas jurídicos de feição continental, as próprias decisões jurisprudenciais, e não apenas os contratos de seguros e de empréstimo, mas todo o tipo de contratos que hoje em dia inundam as nossas vidas⁷⁹.

⁷⁷ Referindo-se à linguagem comum como pórtico necessário à linguagem artificial do Direito, Ángel Martín del Burgo y Marchán entende que esta ligação fundamental não impede que se fale, de pleno direito, numa linguagem jurídica: linguagem que, embora não se podendo independentizar da comum, “pois isso representaria a criação de outro idioma”, adquire, no entanto, pela sua função instrumental, suficientes características singulares em relação à linguagem comum para poder ser considerada uma linguagem especial. Cfr. Ángel Martín del BURGO Y MARCHÁN, *op. cit.*, pp. 125 e ss..

⁷⁸ Cfr. Judith LEVI / Anne Graffam WALKER, eds., *op.cit.*, p. 25. Reconhecendo as dificuldades geradas pelo emprego deste jargão jurídico, Terrill Pollman não deixa de sublinhar a importância do mesmo para o saudável desenvolvimento da disciplina da escrita jurídica. Cfr. Terrill POLLMAN, “Building a tower of Babel or building a discipline? Talking about legal writing”, *Marquette Law Review*, vol. 85, pp. 887 e ss., Summer 2002, pp. 889, 924-927.

⁷⁹ Não esqueçamos que qualquer tipo de transacção comercial ou laboral envolve uma relação contratual, muitas das quais são efectivamente reduzidas a escrito. Numa obra muito actual, que visa reflectir sobre as relações do Direito e o seu desenvolvimento em plena sociedade, no seio da cultura popular, Patricia Ewick e Susan Silbey reflectem precisamente sobre a necessidade que as pessoas sentem de reduzir a escrito certos saberes, acontecimentos, acordos ou pretensões: “As pessoas escrevem cartas, guardam receitas, documentos relativos a acontecimentos, e assinam contratos porque sabem que «pô-los por

Num trabalho dedicado à análise da linguística forense, John Gibbons debruça-se sobre as relações entre a linguagem escrita e falada do direito, reconhecendo que embora os sistemas jurídicos tenham raízes orais, a adoção da literacia produziu mudanças na linguagem do direito⁸⁰. Gibbons refere-se nomeadamente ao afastamento do contexto que caracteriza a linguagem escrita, e que pode conduzir a elevados, e talvez indesejáveis, níveis de autonomia dos textos jurídicos⁸¹. A verdade é, no entanto, a de que não é só a linguagem escrita do direito a que pode padecer de alguma ininteligibilidade. E que, assentando embora na linguagem quotidiana, e fazendo depender a sua funcionalidade e a sua eficácia das estruturas fundamentais daquela mesma linguagem corrente, algo parece dificultar frequentemente a comunicação de uma linguagem jurídica com a de todos os dias. É comum, e compreensível para um jurista, que a leitura desgarrada de um qualquer artigo legal suscite por parte de um leitor leigo as mais amplas dúvidas quanto ao respectivo sentido e alcance. Os contratos que assinam têm, as mais das vezes, que ser detalhadamente traduzidos de modo a garantir alguma dose da tão ansiada segurança jurídica que é suposto o Direito afiançar. E quantas vezes, como tivemos já oportunidade de referir, não ouvimos em tribunal, após a leitura de uma decisão, a tímida e circunspecta pergunta feita ao advogado pelo cliente: “Senhor Doutor, afinal ganhámos ou perdemos?”⁸².

3. O Direito como tradução/compreensão/interpretação:

a) A construção de uma identidade (cultural)

escrito» faz a diferença. Fá-los mais enfáticos, mais permanentes, e mais importantes (alguns diriam, mais jurídicos)”. A sacralidade do texto escrito, corolário da modernidade jurídica, em claro contraste com o valor da palavra dada de outros tempos, ganhou raízes profundas na nossa cultura jurídica. Cfr. Patricia EWICK and Susan SILBEY, *The common place of law. Stories from everyday life*. Chicago and London, Chicago University Press, 1998, p. xiii.

⁸⁰ Cfr. John GIBBONS, *Forensic Linguistics. An introduction to language in the judicial system*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, pp. 13 e ss..

⁸¹ Numa outra perspectiva, é a análise que Peter Goodrich havia já feito, em termos bastante mais intelectualizados, e talvez menos pragmáticos, em *The Languages of Law*. Cfr. Peter GOODRICH, *The Languages of Law. From logics of memory to nomadic masks*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1990.

⁸² Cfr. Joana Aguiar e SILVA, *A prática judiciária entre direito e literatura*, p.20.

Sinais inequívocos, todos estes, da especificidade que o discurso jurídico apresenta face ao discurso empregue correntemente. E sinais, ou características, que levam alguns autores a identificar o âmago da actividade jurídica com processos de tradução⁸³. Pois não é isso que acontece em tantas e tão variadas fases do procedimento judicial e, mais genericamente, da vivência do Direito?⁸⁴ Quando o particular se dirige ao escritório do advogado ou às dependências judiciais do Ministério Público no sentido de conhecer os seus direitos e obrigações numa concreta situação, ou com o objectivo de fazer valer alguma pretensão ou reclamação, ele expõe, num registo coloquial e em linguagem de todos os dias, aqueles que considera os aspectos relevantes para avaliar a viabilidade da demanda. Claro que o advogado, ou o agente do Ministério Público, se encarregarão de depurar o material carregado pelo particular, acrescentando e retirando o que entenderem necessário em função das necessidades processuais. A eles competirá igualmente verter toda a situação que lhes é apresentada pelo interessado numa linguagem e num discurso adequados às específicas finalidades e necessidades do processo judicial⁸⁵. A eles competirá, no fundo, traduzir as conversas tidas com as partes numa linguagem comum para um registo especificamente jurídico, institucional, que frequentemente exorbitará já da ordinária capacidade de compreensão daquele a quem o assunto diz respeito. A estes mesmos agentes será também cometida a tarefa de, uma vez tomada alguma decisão pelo magistrado ou magistrados de tal encarregados, deslindar os termos da mesma de modo a torná-la inteligível aos olhos dos interessados. Não é raro, hoje em dia, os próprios magistrados judiciais sentirem-se na obrigação de –

⁸³ E que levam outros a caracterizar as Escolas de Direito como autênticas morgues para poetas e para os juízos da razão moral. Cfr. David R. CULP, “Law School: a mortuary for poets and moral reason”, *Campbell Law Review*, vol. 16, pp. 61 e ss., Winter 1994.

⁸⁴ Cfr. James Boyd WHITE, *Justice as translation*, pp. 239-241; 245-246, *passim*; *idem*, “Translation as a mode of thought”, *Cornell Law Review*, vol. 77, pp. 1388 e ss., 1992; Clark CUNNINGHAM, “The lawyer as translator. Representation as text: towards an ethnography of legal discourse”, *Cornell Law Review*, vol. 77, pp. 1298 e ss., 1992; Sanford LEVINSON, “Book review. Conversing about justice. Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism. By James Boyd White”, *Yale Law Review*, vol. 100, pp. 1855 e ss., 1991.

⁸⁵ No sentido de que esse procedimento obedece frequentemente ao modelo da história que se conta e reconta, cfr. Christopher GILKERSON, “Theoretics of practice: the integration of progressive thought and action. Poverty law narratives: the critical practice and theory of receiving and translating client stories”, *Hastings Law Journal*, vol. 43, pp. 861 e ss., April, 1992, pp. 914-918, *passim*.

empregando um discurso corrente - fazer esses interessados entender o fundamental das suas decisões. Ainda que nem sempre sejam bem sucedidos.

A partir daqui são várias as questões que vemos emergir. Desde logo, a questão da natureza dos processos de tradução envolvidos em toda esta mecânica/estrutura. O que é que se entende aqui por tradução? Por outro lado, há que esclarecer a referência que fizemos a uma certa consideração institucional da linguagem jurídica.

Não deixa de provocar alguma surpresa a identificação da actividade jurídica com processos de tradução, na medida em que mais naturalmente associamos estes últimos aos que acontecem quando se está perante diferentes línguas naturais. A resposta mais imediata e reconfortante à pergunta sobre o que seja a tradução será, como nos diz Umberto Eco, “dizer a mesma coisa noutra língua”⁸⁶. E os problemas começam logo aqui. Desde logo pelo reconhecimento de que nunca é a “mesma coisa” que se diz, o que leva ao título da obra em questão de Eco: *Dizer Quase a Mesma Coisa*. E depois, porque a necessidade deste “dizer quase a mesma coisa” não surge apenas nem primeiramente quando se está em presença de diferentes línguas naturais. Os processos de tradução intralinguística, que acontecem no interior de uma mesma língua, constituem o “modelo primário de toda a tradução”⁸⁷. Uma das primeiras noções com que forçosamente se depara aquele que começa a investigar o assunto, é a da famosa tipologia apresentada pelo linguista russo Roman Jakobson para a interpretação de signos verbais, tipologia que ele imediatamente transporta para a tradução. Assim temos que:

“a) a tradução dentro da própria língua ou paráfrase é uma interpretação de signos verbais mediante outros signos da mesma língua;

b) a tradução entre línguas diferentes ou tradução propriamente dita, é uma interpretação de signos verbais mediante outra língua;

⁸⁶ Cfr. Umberto ECO, *Dizer quase a mesma coisa sobre a tradução*, Lisboa, Difel, 2005, p. 7.

⁸⁷ Cfr. Teodoro SÁEZ HERMOSILLA, *El sentido de la traducción: reflexión y crítica*, León, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1994, p. 20.

c) a tradução intersemiótica ou transmutação é uma interpretação de signos verbais mediante signos que pertencem a sistemas de significação não verbais”⁸⁸, o que acontece, por exemplo, quando uma obra literária é transposta para o cinema.

Não deixa de ser curioso como a propósito de uma tão canónica distinção se evidencia uma das questões mais candentes e que mais debate tem gerado no seio da comunidade académica: a da difícil autonomização das actividades gêmeas da tradução e da interpretação, intimamente dependentes, uma e outra, de fundamentais e estruturantes processos compreensivos. Também Umberto Eco repara que para definir os três diferentes tipos de tradução, Jakobson utiliza, por três vezes, a palavra interpretação, como se alguma sinonímia houvesse entre as designações⁸⁹. Já Schleiermacher, no seu *Sobre los diferentes Métodos de Traducir*, se empenhara em distinguir diferentes âmbitos de aplicação para as duas práticas. Os seus argumentos mostram-se, no entanto, demasiado presos a determinadas concepções que hoje, face aos desenvolvimentos a que se tem assistido no domínio da linguística, da hermenêutica e da filosofia da linguagem em geral, se diriam demasiado estreitas⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. Roman Jakobson, “Sobre los aspectos lingüísticos de la traducción”, in Dámaso LÓPEZ GARCÍA, ed., *Teorías de la traducción*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996, pp. 494 e ss..

⁸⁹ Cfr. Umberto ECO, *op.cit.*, p. 234.

⁹⁰ Cfr. Friedrich SCHLEIERMACHER, “Sobre los diferentes métodos de traducir”, in Dámaso LÓPEZ GARCÍA, *op.cit.*, pp 129 e ss.. Neste texto, centra o filósofo alemão a sua atenção nos problemas levantados pela tradução propriamente dita, entre línguas diferentes. Aquela a que verdadeiramente reconhece legitimidade, enquanto tradução. Ainda assim, reconhece, logo de início, que “mesmo os falantes contemporâneos, não separados por um dialecto, mas apenas pertencentes a classes sociais diferentes, que, pouco unidas pelo trato, se diferenciam largamente quanto à sua formação, muitas vezes só podem comunicar-se através de uma mediação semelhante. Mais: não nos vemos frequentemente na necessidade de traduzir para nós mesmos, antes de mais, as palavras de outro que é da nossa mesma condição, mas de diferente carácter e temperamento? Pois precisamente quando sentimos que as mesmas palavras teriam na nossa boca um sentido totalmente diferente ou, pelo menos, por vezes, um conteúdo mais intenso, e outras, um mais delicado que na sua, e que nos serviríamos ao nosso modo, se quiséssemos expressar o que ele quis dizer, de palavras e expressões bem diferentes, então parece que, ao tornarmos preciso para nós em que consiste este sentimento, e ao converter-se este em nosso pensamento, traduzimos”. Mais à frente, no entanto, descarta estes processos como necessidades meramente momentâneas do ânimo, que se encontrariam, quanto às suas consequências, mais ligadas ao momento, dispensando por isso outra tutela que não a do sentimento. “E se fosse preciso dar regras para isto, só poderiam ser aquelas por cujo cumprimento o homem conserva uma disposição puramente ética, com o

Numa primeira aproximação, diríamos, com efeito, tratar-se de realidades bastante distintas, com âmbitos de aplicação também eles bem diferenciados. A tradução, porque a identificamos primeiramente com a tradução propriamente dita, com a transposição de um conjunto de signos verbais de uma língua natural para outra língua natural, não parece confundir-se com o trabalho de compreensão, de apreensão de sentido, de um qualquer texto ou elocução. A verdade é que isto está longe de ser assim. As últimas décadas transformaram a interpretação num momento impreterível da compreensão. E ninguém nega que para traduzir, seja qual for a modalidade de tradução, seja qual for o texto carecido de interpretação, há que compreender.

Por outro lado, temos que concordar com Ortega y Gasset quando confessa que “o tema da tradução, à medida que o exploramos, leva-nos até aos mais recônditos arcanos do maravilhoso fenómeno que é a fala”⁹¹. E o maravilhoso fenómeno que é a fala, acrescentaríamos nós, é impensável sem o complexo fenómeno que é a compreensão/interpretação. E, sobretudo depois de tudo o que vai dito sobre o imenso protagonismo assumido nos dias de hoje pela realidade linguística, sobre as relações da linguagem com o pensamento, dos nomes com os entes nomeados, das palavras com as coisas, não é fácil separar a mediação que é exercida pelo intérprete para dotar um texto de sentido daquela de que é agente o tradutor, seja qual for a modalidade de tradução. Tanto o intérprete como o tradutor são mediadores (Eco chamar-lhes-ia negociadores) de sentidos. E, como teremos oportunidade de ver mais tarde, muito de construção vai nesta mediação. Uma mediação cuja necessidade se faz sentir muito para lá dos limites da transposição de textos, ou sentidos, de uma língua para a outra. Até porque, ao falarmos em diferentes línguas naturais, estamos a falar, como vimos antes, em

fim de que a mente também permaneça aberta ao que menos afinidade tenha com ela”. Cfr. *ibidem*, pp. 129-130.

⁹¹ Cfr. José ORTEGA Y GASSET, “Misericórdia y esplendor de la traducción”, in Dámaso López García, ed., *Teorías de la traducción*, p. 429. O filósofo espanhol interroga-se sobre se não será a tradução um esforço irremediavelmente utópico, irrealizável. “Escrever bem consiste em fazer continuamente pequenas erosões à gramática, ao uso estabelecido, à norma vigente da língua. É um acto de rebeldia permanente contra o entorno social, uma subversão. Escrever bem implica um certo radical atrevimento. Ora, o tradutor costuma ser uma personagem apoucada (...) Encontra-se perante o enorme aparato policial que são a gramática e o uso ignorante. Que fará com o texto rebelde? Não é demasiado pedir-lhe que o seja também? E por conta alheia? Nele vencerá a pusilanimidade e em vez de transgredir as leis gramaticais, fará todo o contrário: meterá o escritor traduzido na prisão da linguagem normal, isto é, traí-lo-á. *Traduttore, traditore*.” Cfr. *op.cit.*, p. 429.

diferentes culturas, em diferentes modos de estar, em diferentes formas de vida. “Aprender a falar é aprender a traduzir; quando a criança pergunta à sua mãe pelo significado desta ou daquela palavra, o que realmente lhe pede é que traduza para a sua linguagem o termo desconhecido. A tradução dentro de uma língua não é, neste sentido, essencialmente diferente da tradução entre duas línguas, e a história de todos os povos repete a experiência infantil: mesmo a tribo mais isolada se tem que enfrentar, num ou noutro momento, com a linguagem de um povo estranho. O assombro, a cólera, o horror ou a divertida perplexidade que sentimos ante os sons de uma língua que ignoramos, não tarda em transformar-se numa dúvida sobre aquela que falamos. A linguagem perde a sua universalidade e revela-se como uma pluralidade de línguas, todas elas estranhas e ininteligíveis umas para as outras... A universalidade do espírito era a resposta à confusão babélica: há muitas línguas, mas o sentido é um... A Idade Moderna destruiu essa segurança. Ao redescobrir a infinita variedade dos temperamentos e paixões, e ante o espectáculo da multiplicidade de costumes e instituições, o homem começou a deixar de se reconhecer nos homens... Pluralidade de línguas e de sociedades: cada língua é uma visão do mundo, cada civilização é um mundo. O sol que canta o poema azteca é diferente do sol do hino egípcio, ainda que o astro seja o mesmo”. Perdoe-se-nos a longa citação, mas este texto, com que o escritor mexicano Octavio Paz dá início ao seu livro *Traducción: Literatura y Literalidad*, sempre nos encantou pela simplicidade e mestria com que nos inicia nos arcanos do fenómeno linguístico de que falava Ortega y Gasset⁹².

Frequentemente associado, no seio dos estudos linguísticos e literários, a Edward Sapir e a Benjamin Whorf⁹³, este relativismo linguístico vinha desde há muito a ser destacado, nomeadamente, pelo eixo anteriormente referido composto por Hamann-Herder-Humboldt. Schleiermacher, que deixou marcas na cultura alemã enquanto teólogo, deixou-nos sobretudo, como tivemos já oportunidade de referir, um riquíssimo legado na área da hermenêutica, embora este seu interesse se manifestasse como um prolongamento das suas preocupações éticas. Legou-nos, entre tantos outros, um escrito

⁹² Simplicidade e mestria, e consequente encanto, que, de resto, se estendem a todo o trabalho em questão. Cfr. Octavio PAZ, *Traducción: literatura y literalidad*, Barcelona, Tusquets, 1990, 3.ª ed., p.9.

⁹³ Que se mostram herdeiros, por seu turno, das vitais ligações estabelecidas por Wilhelm von Humboldt, no início do século XIX, entre linguagem e cultura, linguagem e comportamento. Cfr., v.g. Mary SNELL-HORNBY, *Translation studies. An integrated approach*, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 1995, rev. ed., pp. 41 e ss..

que viria a ser emblemático para uma grande parte da moderna filosofia da linguagem: “Todo o ser humano está, por um lado, em poder da língua que fala; ele mesmo e todo o seu pensamento são fruto dela. Não pode pensar, com completa concretude, nada que se encontre fora dos limites dela; a forma dos seus conceitos, a natureza e os limites das suas possibilidades de combinação vêm-lhe pré-determinados pela língua em que nasceu, e em que se educou; a razão e a fantasia encontram-se determinadas por ela. Por outro lado, no entanto, todo o ser humano que pense de forma independente, e que possua autonomia intelectual, por sua vez, também forma a língua. Pois como, se não mediante estas influências, poderia esta ter-se desenvolvido? Como poderia ter crescido desde o seu primitivo estado inicial até chegar a uma forma mais perfeita na ciência e na arte? Neste sentido, pois, é a activa energia do indivíduo a que cria – originalmente apenas com o fim transitório de comunicar um estado passageiro da consciência – novas formas na dúctil matéria da língua...”⁹⁴. Não admira que Steiner, outro nome emblemático dos estudos sobre tradução e interpretação, tenha acusado a existência de um irrecusável autismo ontológico em qualquer reflexão consciente sobre a linguagem. Uma reflexão que será forçosamente linguística, o que leva o filósofo a comparar esse trabalho com o interior de uma casa de espelhos. Como falar da linguagem sem ser através da linguagem que, por seu lado, nos faz pensar o que pensamos e ser o que somos? A única perspectiva concebível, verdadeiramente exterior aos «hasards du langage», “é a de uma total fuga à linguagem, que é a morte”⁹⁵.

Não há dúvida que estamos à mercê da linguagem. Também não há dúvidas quanto ao impacto que toda esta viragem linguística, pois dos efeitos desta se continua a tratar, inevitavelmente representa na concepção e nos limites de fenómenos como o da interpretação e, concretamente, da tradução, de que agora nos ocupamos. O sentido jamais unívoco da linguagem, tema ao qual voltaremos mais tarde, não se compadece com concepções demasiado estreitas e rígidas sobre a tradução, como as vigentes até determinada altura. O contributo dos teorizadores românticos é, como já tivemos oportunidade de mencionar, fundamental para uma radical mudança de perspectiva. Apontando Herder como um dos principais agentes de uma viragem de paradigma na história da tradução na Alemanha, Charlotte Frei mostra como no pensamento

⁹⁴ Cfr. F. SCHLEIERMACHER, *op.cit.*, p. 133.

⁹⁵ Cfr. George STEINER, *After Babel. Aspects of language and translation*, New York and London, Oxford University Press, 1992, 2nd pr., pp. 115 - 116. Steiner faz remontar a expressão “hasards du langage” a Merleau-Ponty, e identifica os mesmos com a substância cognitiva do nosso ser.

romântico “a tradução deixa de ser uma actividade exclusivamente interliterária e interlinguística para se tornar um conceito filosófico, um tropo que contém e representa, metonimicamente, os processos de inteligibilidade entre o sujeito e o mundo dos objectos”⁹⁶. É, no fundo, esta acepção filosófica da tradução, enquanto crucial elemento mediador do processo de compreensão, a que abre as portas aos inovadores estudos modernos de tradutologia. Uma acepção que, se por um lado, abre caminho à tipologia jakobsoniana, permitindo analisar, ao lado dos tradicionais processos de tradição interlinguística, as particularidades e complexidades dos processos de tradução presentes no meio intralinguístico, ou dos processos de transposição de um texto expresso num determinado sistema semiótico para outro sistema semiótico, permite ir ainda mais longe, e reconhecer a mútua imbricação dos três tipos. Uma imbricação que se traduzirá numa nem sempre muito clara delimitação das respectivas fronteiras.

António Gómez Ramos sugere a impossibilidade de uma distinção estanque entre os três tipos de tradução descritos por Jakobson, impossibilidade essa ditada pela universalização da tradução a que teria conduzido a análise do processo compreensivo, pela mão da hermenêutica gadameriana. Mas a verdade é que esta universalização, talvez consumada pelo autor de *Verdade e Método*, era já intuível nos escritos de alguns filósofos românticos. É ela que permite ao mesmo autor espanhol observar que “o encontro com o outro é sempre o encontro com uma língua estranha, diferente, ainda incompreensível”⁹⁷. O próprio não deixa de reconhecer que este alargamento do âmbito da tradução não se fica a dever exclusivamente ao trabalho de Gadamer, antes sendo comum a todo o pensamento contemporâneo sobre a tradução a tendência para ultrapassar o limite da mera mediação entre línguas para a tornar extensiva a qualquer processo de transmissão de significado⁹⁸. Esta é, indubitavelmente, uma ideia dominante nas modernas teorias sobre a tradução, como em diversos momentos nos mostra Edwin Gentzler, na sua obra *Contemporary Translation Theories*⁹⁹. E é o que legitima autores como James Boyd White ou como José Calvo a trazer para o seio dos

⁹⁶ Cfr. Charlotte FREI, *Tradução e recepção literárias: o projecto do tradutor*, Braga, Universidade do Minho – Centro de Estudos Humanísticos, 2002, p. 16.

⁹⁷ Cfr. António GÓMEZ RAMOS, *Entre las líneas. Gadamer y la pertinencia de traducir*, Madrid, Visor, 2000, p. 25.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*, p. 27.

⁹⁹ Cfr. Edwin GENTZLER, *Contemporary translation theories*, London, Routledge, 1993.

estudos de filosofia jurídica a hipótese explicativa dos processos de tradução¹⁰⁰. Precisamente porque, como vira Mary Snell-Hornby, a tradução deixou de se poder definir enquanto actividade que acontece entre duas línguas para ter que se apreciar como uma interacção entre culturas – e culturas que, por sua vez, têm que ser entendidas num amplo sentido, que a autora classifica de antropológico, designando com a expressão todos os aspectos socialmente condicionados da vida humana¹⁰¹. Não é muito diferente o que nos diz George Steiner ao considerar a tradução entre diferentes linguagens como uma aplicação particular de uma configuração e de um modelo fundamental ao discurso humano mesmo onde este se mostrar monoglota. Este um postulado que o autor concebe como largamente aceite, tentando ilustrá-lo a partir da consideração das “numerosas dificuldades encontradas no seio da mesma linguagem por aqueles que procuram comunicar através de espaços de tempo histórico, de classes sociais, de diferentes sensibilidades culturais e profissionais”¹⁰².

São precisamente estas as dificuldades de comunicação, de compreensão do discurso do outro, aquelas com que nos deparamos a propósito da linguagem jurídica. Uma linguagem que, como vimos antes, apresenta face à linguagem corrente suficientes particularidades para se tornar ininteligível aos olhos e ouvidos daqueles a quem diz directamente respeito. Quando referimos a necessidade de intervenção dos profissionais do foro no sentido de esclarecer os particulares quanto às mais diversas determinações do Direito, em sede especificamente processual ou fora dela, não estaremos aqui a

¹⁰⁰ Cfr. James Boyd WHITE, sobretudo em *Justice as translation*; José CALVO, *Derecho y narración*, Barcelona, Ariel, 1996, *max.* cap. V. Em 1979, já Maureen Cain vem dizer que o trabalho do advogado consiste na tradução do discurso leigo para o jurídico. Cfr. Maureen CAIN, “The general practice lawyer and the client: towards a radical conception”, *International Journal of the Sociology of Law*, n.º 7, p. 331, *apud* Brenda DANET, “Language in the legal process”, *Law & Society review*, vol. 14, n.º 3, Spring 1980, p. 511.

¹⁰¹ Cfr. Mary SNELL-HORNBY, *op.cit.*, *max.* capítulo 2. Para a autora, o princípio da relatividade linguística, resultante dos trabalhos de Edward Sapir e de Benjamin Lee Whorf – com a chamada hipótese Sapir-Whorf – tem profundas implicações ao nível da tradução. E isto porque o conceito de cultura, enquanto totalidade de conhecimentos, de competências e percepções, se mostra fundamental na nossa aproximação ao Direito. Se a linguagem é uma parte integrante do Direito, o tradutor não precisa de competência apenas em duas línguas: ele tem que se sentir em casa em duas culturas. Por outras palavras, tem que ser bilingue e bicultural. Cfr. *op.cit.*, pp. 41-42.

¹⁰² Cfr. George STEINER, *op.cit.*, p.xii.

configurar um conjunto de processos de tradução semelhantes àqueles de que temos vindo a tratar? Quando o advogado explica ao seu cliente o conteúdo de algum normativo, seja ele uma prescrição legislativa, uma determinação judicial ou uma cláusula contratual, não estará ele a agir como tradutor? Como mediador de sentidos? Quando, a partir dos dados que lhe são fornecidos por um cliente, propõe uma acção em tribunal, ou quando elabora a sua argumentação para defesa de um arguido acusado em processo crime, não está a realizar permanentes actos de tradução, da linguagem vulgar para a jurídica e, porventura, vice-versa, quando tem que explicar ao cliente aquilo que se está a passar?

b) Entre o ideal da fidelidade e a inevitabilidade da criação (jurídica)

Começámos a falar de tradução com o título avançado por Umberto Eco, e com os problemas que o mesmo sugeria. “Dizer quase a mesma coisa”, vimos nós que é uma actividade que se nos vai impondo de modo recorrente, aos mais diferentes níveis da nossa vivência quotidiana, e sem que estejamos necessariamente em face de diferentes línguas naturais. Os processos de tradução tornam-se inerentes ao universo compreensivo, assumindo-se como verdadeiramente constitutivos do mesmo com a viragem ontológica da hermenêutica atribuída a Heidegger. A partir do momento em que o fenómeno compreensivo se perspectiva como estrutural à existência do homem no mundo, ao seu ser aí, também os processos tradutivos são desafiados a “sair dos seus estritos limites «textuais» e interlinguísticos”¹⁰³.

Outra questão que muito tem ocupado os estudiosos da tradutologia, é a que leva Eco a acrescentar aquele “quase” à sua definição de tradução. Dizer *quase* a mesma coisa, pois dizer a mesma coisa é tarefa irrealizável. Este um dos fundamentais argumentos daqueles que ao longo da história condenaram a tradução pela sua incapacidade de reprodução do texto original. No entender de Georges Mounin, todos os argumentos contra a tradução se resumiriam precisamente a este: ela não é o original¹⁰⁴. A noção que se vê perfilar como central a qualquer processo de tradução ou

¹⁰³ Cfr. António GÓMEZ RAMOS, *op.cit.*, p. 27.

¹⁰⁴ Contra a argumentação de Mounin sobre a impossibilidade de traduzir o texto poético, não deixar de ver Octavio Paz. Mounin vem a certa altura conceder que, apesar das dificuldades, é possível traduzir os significados denotativos de um texto. Já quanto aos significados conotativos, a opinião que julga a sua tradução impossível é quase unânime. Octavio Paz vem confessar a sua repugnância perante esta ideia,

a qualquer tese sobre tradução, é a de fidelidade do texto que é fruto de tradução em relação ao texto traduzido. Sendo o nosso interesse no tema meramente incidental, teremos, naturalmente, que nos cingir aos aspectos para o nosso trabalho mais relevantes, sem nos embrenharmos em questões que, embora apaixonantes, não deixariam de exorbitar da nossa principal investigação. A noção de fidelidade é no entanto central a qualquer reflexão sobre a tradução, e a sua análise não deixará de ser pertinente às nossas concretas reflexões sobre os processos de tradução envolvidos no Direito.

A questão que desde logo se põe é a seguinte: fidelidade a quê? Reconhecemos quase instintivamente que uma tradução tem que respeitar o original, o texto objecto de tradução. E com isto estamos desde já a afastar a tese, por muitos defendida, desde tempos imemoriais até aos nossos dias, da intradutibilidade de qualquer texto. Seja qual for o argumento, digamos que o da necessidade fala mais alto¹⁰⁵. A tradução é um fenómeno absolutamente imprescindível à comunicação humana (processe-se ela inter-linguística ou intra linguisticamente). E, a partir daí, o conceito de fidelidade torna-se realmente irrecusável. E passível dos mais antagónicos conteúdos. A fidelidade, observa Amparo Hurtado Albir, define a existência da ligação desejada entre o original e a sua tradução, mas sob a designação «fidelidade ao original» encontramos diferentes formas de compreender esta ligação. A noção de fidelidade é, justamente, a noção chave da teoria da tradução¹⁰⁶.

Assim, durante muito tempo se entendeu que esta fidelidade se deveria cumprir num processo de literalidade. A tradução literal, palavra a palavra, seria a mais adequada para lograr a tão almejada fidelidade entre original e tradução (entre o texto alvo e o texto fonte, na terminologia do francês quinhentista Étienne Dolet¹⁰⁷). A fidelidade traduzir-se-ia assim (alguma tautologia?) numa suposta equivalência formal,

não só porque se opõe à imagem que faz da universalidade da poesia, mas também porque se funda numa concepção errónea daquilo que é a tradução. “O ideal da tradução poética, segundo uma vez o definiu Paul Valéry de modo insuperável, consiste em produzir com meios diferentes efeitos análogos” Cfr. Octavio PAZ, *op.cit.*, 15 e ss..

¹⁰⁵ “Antes de examinar se a tradução é possível, e de dizer porquê, não será uma ironia lembrar que ela é necessária”. Cfr. Georges MOUNIN, *Les belles infidèles*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1994, pp. 27 e ss..

¹⁰⁶ Cfr. Amparo HURTADO ALBIR, *La notion de fidélité en traduction*, Paris, Didier Érudition, 1990, p. 14.

¹⁰⁷ Cfr. Mary SNELL-HORNBY, *op.cit.*, p.12.

ideia que dominou o universo da tradução praticamente até ao século XVII. Não sem que diversas vozes contra tal entendimento sempre se tivessem insurgido. A começar pela de Cícero, que, justificando a sua tradução dos Discursos de Demóstenes e Esquines, diz não ter julgado necessário traduzir os respectivos textos palavra por palavra, desde que respeitando o génio e o valor das palavras. Com estas simples laudas, consideradas um dos primeiros escritos teóricos sobre a tradução, Cícero marca para sempre os estudos de tradutologia, cunhando os pólos entre os quais oscilará a pretendida fidelidade: a palavra e o sentido¹⁰⁸. A fidelidade em relação ao original cumpre-se numa pretensa equivalência literal, encontrada palavra a palavra, ou na preservação do sentido global do texto original? Ou ainda, na adaptação desse sentido ao contexto de recepção?¹⁰⁹

É uma contenda que atinge o seu ponto alto durante o séc. XVII, século de transição, em que os dois modelos de tradução se travam ostensivamente de razões. Embora as mentes, e os métodos, se encontrem ainda muito presos aos tradicionais modelos de tradução, avança-se a passos largos para práticas tradutivas que pretendem libertar-se dos vínculos literalistas para adaptar completamente os textos originais às exigências estéticas da época, às normas clássicas. Considerado o século das *Belles Infidèles*, ou das *Belas Infiéis* (tradução que claramente perde em estilo e sonoridade), a designação visa precisamente referir-se a traduções que, num sentido tradicional, violariam aquela noção de fidelidade literal para, no entanto, se corresponderem com ideais de elegância próprios de uma época¹¹⁰. Mounin fala no culto desta tradução dita elegante como culto da tradução conforme às conveniências de uma dada forma social, aduzindo para tal atitude razões históricas e sociais: “as «belles infidèles» não fariam

¹⁰⁸ Até aqui se revelam ténues as fronteiras entre o interpretar e o traduzir, oscilando desde sempre a interpretação, nomeadamente a jurídica, entre letra e espírito.

¹⁰⁹ “Traduzi do grego duas eloquentíssimas orações, entre si contrárias, uma de Esquines e outra de Demóstenes; e traduzi-as, não como intérprete [o texto original de Cícero empregará a expressão *ut interpretes*, que a versão espanhola traduziu por *intérprete*, e a francesa, de Mounin, em *Les Belles Infidèles*, por *traducteur*...] senão como orador, conservando as mesmas frases e figuras, mas acomodando as palavras ao génio da nossa língua. Não pensei ser necessário traduzir palavra por palavra, mas conservei o valor e a força de todas elas: não as contei, antes as pesei”. Cfr. Marco Túlio CÍCERO, “Del mejor género de oradores”, in Dámaso LÓPEZ GARCÍA, *op.cit.*, pp. 27 e ss..

¹¹⁰ Cfr. Georges MOUNIN, *op.cit.*, max. pp. 55 e ss.. Sobre a origem da expressão, cfr. v.g. Michel BALLARD, *De Cicéron a Benjamin. Traducteurs, traductions, réflexions*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 147.

senão eliminar o que não estava de acordo com o gosto da época”, substituindo os costumes, as ideias, o estilo dos Antigos pelos critérios da época, para que os textos pudessem chegar ao público¹¹¹. A tradução pautar-se-ia pela valorização do texto de chegada, da sua língua, do seu tempo, da sua cultura, da sua civilização. A uma tradução literal, humilde e as mais das vezes servil, opunha-se pois uma dita liberal, literária, emancipada da estrita obediência aos rigores formais da literalidade. Nem um nem outro destes entendimentos são, no entanto, necessariamente, negação do tão basilar critério da fidelidade. Pois tudo dependerá do modo como tal noção for acolhida. E se o século XIX traz consigo fortes reacções à liberdade da tradução, com alguns autores a regressar à identificação entre fidelidade e literalidade, a verdade é que até essa literalidade é passível de assumir diversos contornos.

Hoje, pareceria incontestável a afirmação de Mounin segundo a qual, para serem perfeitas, as traduções devem ser tão belas como fiéis. Porque a tradução é bela se for fiel, nas palavras de Milan Kundera¹¹². A verdade é que não só estas virtudes da beleza e da fidelidade não têm que se opor como, pelo contrário, elas têm forçosamente que dar as mãos numa tradução que se queira uma boa tradução. “No final, o que cada tradutor e cada teórico deve decidir é de que modo se alcança a fidelidade – ou antes, a que é que se deve permanecer fiel”¹¹³. Não se contesta de modo algum este apelo à fidelidade por parte da tradução, mas temos que reconhecer que, elevando esta a critério fundamental daquela actividade, nos estamos a arrimar a um critério puramente formal, passível dos mais diversos conteúdos, pelo que muito irá depender do sujeito tradutor. Das suas convicções e das suas opções¹¹⁴. O próprio Roman Jakobson aponta como comum aos

¹¹¹ Cfr. *ibidem*, p. 65.

¹¹² Cfr. Milan KUNDERA, “L’art de la fidélité”, *L’Atelier du Roman*, 4 de Maio de 1995, *apud* José CALVO, *op.cit.*, p. 111.

¹¹³ Cfr. António GÓMEZ RAMOS, *op.cit.*, p. 31.

¹¹⁴ “A tradução é uma tarefa na qual, descontados os indispensáveis conhecimentos linguísticos, decisiva é a iniciativa do tradutor, seja este uma máquina “programada” pelo homem ou um homem rodeado de dicionários”. Quem o afirma é, mais uma vez, Octavio Paz, que neste sentido invoca a convincente crítica dirigida pelo poeta britânico Arthur Waley ao comentário feito por um estudioso francês relativamente aos tradutores: “Que eles se apaguem sob os textos e estes, se foram verdadeiramente compreendidos, falarão por si mesmos”. A isto Waley responde que “excepto no muito raro caso de declarações simples e concretas tais como «o gato persegue o rato», são poucas as frases que têm equivalentes exactos, palavra a palavra, numa outra língua. Torna-se uma questão de escolha entre várias aproximações... Sempre achei

vários tipos de tradução a dificuldade em alcançar uma equivalência plena entre as unidades do sistema, identificando a equivalência do diferente como o principal problema da linguagem. E isto, não perdendo de vista que a todas as formas de tradução sempre preside a finalidade de conservar algum conteúdo na mudança, na transferência. Ou seja, a fidelidade da tradução é, tal como a objectividade da compreensão, a possível, e aspirar a mais é como perseguir a quadratura do círculo. É, estamos em crer, a pertinência/impertinência congénita à tradução de que fala Gómez Ramos no prólogo da sua já citada obra: “impossível mas inevitável; insolente, mas oportuna; irritante, mas necessária. Mesmo quando empobrece o texto que toca, enriquece a linguagem no conjunto dos seus textos”. Não surpreendem, de modo algum, referências deste teor num trabalho que pretende aquilatar do relevo da hermenêutica gadameriana sobre a teoria da tradução. No mesmo sentido vão as palavras de Aguiar e Silva, no préambulo que antecede a também já referida obra de Charlotte Frei: “o relativismo e o pluralismo da hermenêutica gadameriana e pós-gadameriana, ao recusarem a existência de um significado essencialista, imóvel e permanente, do texto literário e ao pensarem toda a interpretação como parcelar e parcial e como uma aproximação, dissolvem os próprios conceitos de fidelidade e infidelidade, obrigando a julgar os méritos e defeitos de uma tradução à luz de outros critérios”. Mais uma vez, e inevitavelmente, sentimos que tradução e interpretação se entrelaçam na densa e complexa rede da compreensão, revelando-se ambas quais verdadeiras artes em que reprodução e criação não prescindem do respectivo espaço. Permita-se-nos mais um apelo ao génio da pena de Octavio Paz, que com destreza e saber magistral escreve que “cada texto é único e, simultaneamente, é a tradução de outro texto. Nenhum texto é inteiramente original porque a própria linguagem, na sua essência, é já uma tradução: primeiro, do mundo não verbal e, depois, porque cada signo e cada frase é a tradução de outro signo e de outra frase. Mas este raciocínio pode-se inverter sem perder validade: todos os textos são originais porque cada tradução é diferente. Cada tradução é, até certo ponto, uma invenção, e assim constitui um texto único.

As descobertas da antropologia e da linguística não condenam a tradução, mas sim uma certa ideia ingénua de tradução. Ou seja, a tradução literal que em espanhol chamamos, significativamente, *servil*. Não digo que a tradução literal seja impossível,

que era eu, e não os textos, aquele que tinha que falar”. “Seria difícil acrescentar uma palavra mais a esta declaração”, remata o escritor mexicano. Cfr. Octavio PAZ, *op.cit.*, p. 19.

mas não é uma tradução. É um dispositivo, geralmente composto por uma fileira de palavras, para nos ajudar a ler o texto na sua língua original. Algo mais perto do dicionário do que da tradução, que é sempre uma operação literária. Em todos os casos, sem excluir aqueles em que é necessário apenas traduzir o sentido, como nas obras de ciência, a tradução implica uma transformação do original”¹¹⁵.

Toda a tradução implica, pois, uma transformação do original: implica, pois, um momento de criação, que Paz caracteriza como sempre literária. O que sucederá ao tentarmos transpor esta ideia para o terreno dos estudos jurídicos?

4. A permanente indeterminação potencial da(s) linguagem(ns) do direito na construção de uma cultura institucional. Particularidades

Uma linguagem, como vimos, traduz uma dada cultura e traduz-se nessa mesma cultura, num processo de mútua construção e maturação que Schleiermacher muito bem caracterizou. Também a linguagem jurídica reflecte e é reflexo de uma específica cultura, dotada de muito específicos interesses e finalidades. E são precisamente estes interesses e estas finalidades, que no caso específico do Direito são interesses e finalidades institucionais, aqueles que obrigam ao afastamento do discurso jurídico em relação à linguagem quotidiana. Interesses e finalidades que visam a preservação da fundamental instituição social que é a ordem jurídica, e que passam, nomeadamente, pela prevenção e resolução de conflitos e alterações sociais. Este é um modelo de organizar e pacificar a sociedade que, promovendo uma justa e equilibrada distribuição de direitos e deveres pelos seus destinatários, leva a cabo os seus desideratos oficial e autoritariamente. E que, arriscamo-nos a acrescentar, cumpre as tarefas que lhe são cometidas de modo essencialmente discursivo e argumentativo¹¹⁶. Daí a particular importância de que se reveste o estudo da linguagem jurídica, das suas determinações e do grau de desvio que apresenta em relação à linguagem corrente. Este trabalho não visa realizar, em concreto, uma análise detalhada da linguagem empregue por legisladores ou por juristas, sejam eles advogados, magistrados ou outros. Ainda assim, cumpre-nos chamar a atenção para determinados aspectos mais evidentes. Como antes tivemos

¹¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 13.

¹¹⁶ Cfr. *infra*, sobretudo os caps. IV e V da II Parte.

oportunidade de referir, quanto à caracterização das linguagens especiais face à linguagem vulgar, o estranhamento linguístico que acontece, esse afastamento em relação ao que poderíamos chamar um padrão linguístico neutro, ocorre sobretudo a nível terminológico ou lexical. Um processo que acontece mediante a introdução no discurso de todo um conjunto de termos mais ou menos técnicos que permitem, porventura, obviar a longas e nem sempre claras descrições ou explicações por parte do “especialista”. No nosso caso, do jurista. Termos que facilitam a comunicação dentro da classe, e que, em certa medida, numa lógica de economia de esforços, resultam funcionais e eficazes. A linguística distingue entre lexicologia e terminologia com o intuito de realçar o processo de especialização a que é submetida a linguagem ordinária para fazer face às necessidades de um dado domínio do saber. Assim, as unidades lexicais ordinárias levam a cabo, como aponta Martí Sánchez, uma codificação do conhecimento espontâneo, antepredicativo, que é devido às línguas, enquanto os termos surgem já de um conhecimento reflexivo das coisas (que se identificam, classificam e interpretam), de um conhecimento genericamente científico cuja tradução linguística é invariavelmente acompanhada de uma definição¹¹⁷.

Dentro deste vocabulário especializado, há um certo número de termos e de expressões que fazem parte exclusiva do universo discursivo do Direito, que são empregues apenas aí, não fazendo parte do vocabulário corrente das pessoas comuns¹¹⁸. Arcaísmos, latinismos ou outros termos técnicos, contribuem certamente para algum do distanciamento em relação à linguagem comum¹¹⁹. Mas, como repara Burgo y Marchán, o vocabulário técnico da linguagem jurídica, salvo raras exceções, é técnico no significado, mas vulgar ou comum na sua morfologia¹²⁰. Ou seja, o vocabulário jurídico é, na sua maior parte, comum à linguagem corrente, assumindo significados muito próprios quando empregue no contexto do discurso jurídico. Citando um texto canónico de Biondi, em que o autor italiano lembra que “a ciência jurídica romana não parte de

¹¹⁷ Observa ainda o autor espanhol que “as estruturas a que dão lugar as terminologias superam os limites de uma língua, e têm que se aprender, não adquirir-se, como se de uma segunda língua se tratasse”. Cfr. Manuel MARTÍ SÁNCHEZ, “La compleja identidad del léxico jurídico”, *Estudios de Lingüística*. Universidad de Alicante, n.º 18, 2004, p. 171.

¹¹⁸ Algo também muito difícil de definir, e que porventura mais não será do que uma expressão funcional, não tendo realidade para lá da linguística.

¹¹⁹ Repare-se tão só na *traditio*, na usucapião, na repristinação ou no *non bis in idem*.

¹²⁰ Cfr. Ángel Martín del BURGO Y MARCHÁN, *op.cit.*, p. 158.

termos técnicos, antes os tomando da vida prática, assumindo-os com o significado que têm no uso comum”, Juan Ramón Capella sublinha a existência de um secular processo de adaptação através do qual os termos pertencentes à linguagem comum vão adquirindo um sentido técnico-jurídico, processo que vem a culminar na separação entre as linguagens natural e jurídica¹²¹.

E é este vocabulário, empregue normalmente pelo leigo com um determinado sentido e pelo profissional do Direito com outro, por vezes bastante distinto, que pode representar maior dificuldade de compreensão da linguagem jurídica por parte do leigo. Noções como as de culpa ou de mera culpa, de responsabilidade, paternidade, preferência, erro ou consentimento, fazem parte da nossa linguagem de todos os dias, mas assumem no contexto do discurso jurídico significados muito precisos e com frequência muito diferentes dos que habitualmente lhes são atribuídos na linguagem corrente¹²². Assiste-se a uma sua redefinição funcional, a uma sua reconversão significativa, de modo a que as mesmas palavras ordinárias, ora volvidas *termos*,

¹²¹ Cfr. B. BIONDI, “Scienza giuridica e linguaggio romano”, in *Ius*, 1953, p. 17, *apud* Juan-Ramon CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pp. 243 e ss..

¹²² Em *Forensic linguistics*, Gibbons sublinha que a própria noção de justiça não tem, no sistema jurídico, o mesmo sentido que tem o conceito do senso comum. Entre justiça geral e justiça particular, jurídica, Aristóteles havia já traçado diferenças fundamentais. Além de que uma certa identificação entre justiça e vingança se vai tornando manifesta na actualmente dominante cultura popular, retomando, de resto, origens ancestrais. Cfr. John GIBBONS, *op.cit.*, p. 36; ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, trad. esp. Patricio Azcárate, Madrid, Colección Austral, 1999, 11.ª ed., pp. 201 e ss.. Referindo-se às ligações do direito com a língua, Heinrich Ewald HÖRSTER alerta para a possibilidade de os destinatários da norma procederem a uma intencional manipulação linguística da mesma, com o propósito de, dissimuladamente, obterem resultados que não obteriam mediante uma “leitura normal” da disposição legal. Diferente desta deturpação consciente de palavras ou dos conceitos legais, será a manipulação operada por parte do próprio legislador “quando lhe falta a coragem para defender abertamente os seus propósitos ou quando lhe faltam as necessárias maiorias parlamentares. Nestes casos, há uma discrepância entre a manifestação verbal e os verdadeiros motivos, não raro de ordem política, que se pretendem velar com uma «camuflagem linguística», habilmente usada”. Como exemplo desta manipulação legislativa da linguagem, apresenta o autor a opção feita na Alemanha, aquando da discussão sobre a liberalização do aborto, pela expressão “interrupção ou suspensão” da gravidez, utilizada pelos defensores da medida. Uma expressão que aparentaria comportar a possibilidade de retomar a gestação interrompida, e com a qual se pretenderia dissimular os reais propósitos de uma “terminação” da gravidez, ou de um “embriãoocídio”. Uma observação que vale também, como observa o autor, para o direito português. Cfr. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português. Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 2007, 4.ª reimp. da ed. de 1992, pp. 22-23.

possam responder às particulares necessidades que se fazem sentir no interior da teoria e da prática jurídicas. Um processo de re-criação que não isenta o produto final, a linguagem jurídica, de existir no entramado da linguagem comum, como adverte José Juan Moreso¹²³. E de, nessa medida, comungar com esta de determinadas características. É esta comunhão que leva Jerzy Wroblewski a considerar a linguagem jurídica como um subtipo da linguagem natural, compartilhando com esta vários e relevantes traços tanto semânticos como pragmáticos, tais como a vaguidade, a contextualidade do significado e a viabilidade enquanto instrumento de comunicação¹²⁴. Daqui parte também a análise que Iturralde Sesma faz da linguagem jurídica, destacando desde logo as características próprias da linguagem comum¹²⁵- características que forçosamente serão também imputáveis à linguagem jurídica, na medida em que, encontrando a formulação de textos legais o seu fundamento, quer semântico quer sintáctico, nesta linguagem comum, é natural que as características mais marcantes de que esta se reveste sejam igualmente atribuíveis à linguagem jurídica. À linguagem comum assinala a autora duas características fundamentais: a indeterminação semântica dos seus termos, ou a vaguidade dos mesmos, dada a irrecusável ausência de uma plena definição do campo de aplicação das palavras¹²⁶, e a natureza necessariamente ambígua das mesmas palavras, marcada pela associação de uma

¹²³ Cfr. Juan José MORESO, “Lenguaje jurídico”, in Ernesto GARZÓN VALDÉS, Francisco LAPORTA, eds., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, vol. 11 da *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 1996, p. 111.

¹²⁴ Cfr. Jerzy WROBLEWSKI, «Sentido» e «Hecho» en el derecho, San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, cap. VI, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica”, p. 97.

¹²⁵ Centrando o seu estudo, essencialmente, na linguagem legal, depois de apontar as características centrais da linguagem vulgar, partilhadas pela linguagem legal, a autora ocupa-se do exame dos aspectos particulares que justificam a qualificação daquela linguagem jurídica como linguagem especial. Cfr. Victoria ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 31 e ss.. Ver também da mesma autora, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

¹²⁶ Referindo-se ao conceito de textura aberta da linguagem, invocado pela primeira vez por Waismann, em 1945, Iturralde Sesma afirma que, embora, de facto, usemos muitas palavras sem que suscitem oportunidades de dúvida (não são actualmente vagas), não é menos certo que “todas as palavras são potencialmente vagas, ou seja, as suas condições de aplicação não estão delimitadas em todas as direcções possíveis, pois sempre poderemos imaginar casos ou circunstâncias frente às quais o uso do termo não dita a sua aplicação ou inaplicação”. Cfr. *idem*, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, p. 34; ver *infra*, sobretudo o cap. IV, n.º 3 da II Parte.

mesma forma fonética a mais do que um significado. Esta permanente indeterminação potencial da linguagem natural, comum à linguagem jurídica, conduz Iturralde Sesma a destacar a importância que na segunda assume a actividade definitória. “Com a actividade definitória o legislador pretende (entre outras coisas) oferecer uma maior precisão terminológica, de forma que resultem menos variáveis as interpretações de um mesmo enunciado e mais seguras as expectativas no que respeita a aplicações futuras”¹²⁷. Claro que os objectivos que se propõe o legislador quando define determinados termos são talvez mais modestos do que o que se poderia supor. Embora defendendo o carácter vinculante destas definições¹²⁸, Iturralde Sesma insiste em sublinhar a natureza meramente linguística das mesmas: definem-se palavras, e não entidades extra-linguísticas, cuja essência possa assim ser desvelada. Por outro lado, e como bem nota Moreso, para proceder a estas definições, o legislador tem que recorrer à linguagem comum: fixando essencialmente o sentido daqueles termos, tomados da linguagem corrente, que vêm a assumir na linguagem jurídica conteúdos nem sempre coincidentes com os que têm naquela, as definições legais pressupõem, diz-nos o autor, a existência de um fundo de convenções e práticas que são património da linguagem vulgar. Temos assim que, “dispor de definições para determinados termos faz da linguagem da ciência jurídica uma linguagem parcialmente técnica ou especializada. Mas isso não a livra dos problemas da linguagem natural, porque as definições estão formuladas precisamente nessa linguagem natural”¹²⁹.

Ao referir-se à linguagem específica da legislação, Gibbons observa que a precisão, um dos principais objectivos de qualquer criação terminológica, não é necessariamente clareza, podendo também envolver a selecção do apropriado nível de vagueza e de flexibilidade¹³⁰. Isto recorda-nos uma constatação fundamental de Visser’t

¹²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 50.

¹²⁸ Com isto querendo apenas reconhecer que estas definições têm, perante o intérprete, o estatuto de qualquer outro enunciado normativo: no momento interpretativo-aplicativo, o intérprete não poderá abstrair do que nelas se disponha. Cfr. *ibidem*, p. 60. Defendem também a natureza vinculativa destas definições Scarpelli e Belvedere.

¹²⁹ Cfr. Juan José MORESO, *op.cit.*, p. 113.

¹³⁰ Invocando o princípio da segurança jurídica como um dos mais sérios incentivos ao melhoramento da linguagem jurídica, Prieto de Pedro, de modo talvez não demasiado claro, sublinha a diferença entre clareza e certeza das normas: “clareza e certeza evocam ideias afins, mas não são exactamente a mesma coisa. A certeza é antes precisão. E a precisão, clareza técnica. (...) Uma linguagem jurídica que se pretendesse absolutamente clara em sentido popular, não só deixaria de ser uma linguagem concisa,

Hooft ao analisar a linguagem jurídica: a de que esta não escapa a uma característica elementar da linguagem corrente, de toda a gente - a de ter como regra o carácter vago e equívoco das palavras¹³¹. A linguagem jurídica e os seus cultores buscam a precisão terminológica, mas sabem magistralmente servir-se da fundamental indeterminação lexical que constitui a sua elementar matéria-prima linguística. O que nos leva a outra observação. Benjamin Cardozo, o ilustre magistrado norte-americano do início do século XX, dedicou grande parte dos seus escritos doutrinários ao problema da difícil conciliação entre a necessidade do Direito ser, por um lado, suficientemente flexível para acolher novos casos à medida que eles vão surgindo, e por outro, suficientemente rígido para manter a sua capacidade de previsão¹³². Um problema que, como diria Gibbons, é em larga medida um problema linguístico. A tensão manifesta no Direito entre a sua natureza abstracta e as suas vitais necessidades de aplicação concreta é estrutural, é permanente. O que contribui para explicar o interesse que Cardozo sempre manifestou pelas relações entre o Direito e a linguagem, por um lado, e entre o Direito e a Literatura, por outro¹³³. Gibbons, apontando como principal aspecto do Direito a existência de códigos e de processos, adverte que “o código não está destinado a cobrir uma simples instância do comportamento humano, mas antes uma gama de comportamentos variados, numa gama limitada de situações. O principal problema é o de nem dizer demais, o que conduziria a um código jurídico opressivo, nem de menos, o

económica, como se tornaria uma linguagem de regras inseguras”. Cfr. Jesús PRIETO DE PEDRO, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 147.

¹³¹ O autor entende por uma palavra vaga aquela cujos casos de uma aplicação “certa” se encontram rodeados por uma penumbra de casos duvidosos, enquanto por palavras equívocas se identificam aquelas com vários campos de aplicação. Embora não se confundam, podem, no entanto, cumular-se. Cfr. H.P. Visser’t HOOFT, “La philosophie du langage ordinaire et le droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome XVII, p. 277. Esta ideia fundamental está também na origem dos trabalhos de Herbert L.A. Hart. Cfr. *infra*, sobretudo o cap. IV, n.º 3 da II Parte.

¹³²Cfr. Benjamin Nathan CARDOZO, *The nature of the judicial process*, New Haven and London, Yale University Press, 1991 (orig. 1921). No mesmo sentido se pronuncia Lawrence SOLAN, *The language of judges*, Chicago and London, The Chicago University Press, 1993, pp. 12 e ss.. Referindo-se precisamente aos escritos extra-judiciais de Cardozo, Solan observa que “se a lei não é suficientemente flexível, está condenada à irrelevância e a tornar-se fonte de injustiças. Se a lei é demasiado flexível, então torna-se tão instável que falha ao tentar definir com alguma dose de segurança os direitos e deveres das pessoas, mesmo em situações aparentemente simples”. Cfr. *op.cit.*, p. 12.

¹³³ Cfr. Benjamin Nathan CARDOZO, *Law and literature and other essays and addresses*, em particular as pp. 3 a 40.

que permitiria comportamentos inaceitáveis”¹³⁴. E nisto vê o autor, como já referimos, um problema de linguagem. Da utilização dos seus infindáveis recursos, das suas infinitas conjugações e da vasta gama de sentidos e de tonalidades que põe ao nosso dispor, acrescentamos nós¹³⁵.

Temos vindo a referir-nos à linguagem do Direito, ao discurso jurídico, classificando-o em geral como uma linguagem especializada, dotada de particularidades que a tornam, não uma linguagem à parte, como por exemplo as da matemática ou da informática, mas de qualquer modo uma linguagem que se diferencia da linguagem ordinária. Falar do discurso jurídico é já, no entanto, proceder a uma generalização, uma vez que perante a diversidade de situações e de procedimentos convocados pelo Direito, diferentes discursos se vão tecendo, cada um com as suas atinências e com a sua individualidade. Aludimos já à linguagem da legislação, e às dificuldades com que se depara para cumprir os fins que se propõe. Ao lado desta, propõe Burgo y Marchán que

¹³⁴ Cfr. John GIBBONS, *Language and the law*, p. 3

¹³⁵ Lembramos, a este propósito, a tipologia de termos constitucionais avançada por Wroblewski, baseada em critérios semióticos, que distingue entre termos valorativos, termos quase descritivos e termos descritivos. O conceito intermédio de termo quase descritivo refere-se, no entender do autor, àqueles cuja definição é, *prima facie*, descritiva, mas cuja estrutura profunda revela um carácter valorativo. Embora esta tipologia surja no seio específico da linguagem e, concretamente, da interpretação jurídico-constitucional, parece-nos, desde logo, passível de alguma aplicação extensiva. Vejamos, em primeiro lugar, o que nos diz Wroblewski: “é patente que a interpretação de termos valorativos, quase-descritivos e descritivos segue o padrão geral de qualquer interpretação. A peculiaridade da interpretação constitucional, como se demonstrou na prática interpretativa, consiste no enraizamento político das valorações inerentes às dúvidas constitucionais e às opções interpretativas. Parece que o papel do contexto funcional e, especialmente, o dos seus componentes políticos é muito forte. A interpretação dos termos valorativos está maioritariamente envolvida com a axiologia política, e as controvérsias atinentes aos termos descritivos e quase-descritivos estão estritamente unidas aos problemas políticos de funcionamento das estruturas socio-políticas”. Ao recorrer aos tipos de Wroblewski, Victoria Iturralde Sesma não deixa de reconhecer a presença frequente de termos valorativos em textos infra-constitucionais, sugerindo, parece-nos, a possível relevância dos vários tipos a propósito de diferentes problemas interpretativos de ordem linguística que ocorram no Direito. Sugere igualmente, e por isso nos lembrámos de Wroblewski neste passo do nosso trabalho, a dificuldade, não de todo escamoteada pelo próprio, em encontrar critérios operativos que permitam separar a descrição da valoração. Uma dificuldade que, pensamos nós, é, em primeira análise, uma dificuldade linguística. Cfr. Jerzy WROBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (conferencias pronunciadas en los III cursos de verano organizados por la Facultad de Derecho de San Sebastián), Madrid, Civitas, 1985; Victoria ITURRALDE SESMA, *op.cit.*, pp. 47-48.

se considerem ainda as linguagens judicial, a administrativa, a notarial e a registaral¹³⁶. Numa classificação que nos parece mais funcional, Gibbons distingue o discurso judicial, relativo à linguagem da decisão judicial, oral ou escrita, da linguagem desenvolvida em tribunal, de modo interactivo, por parte de juizes, advogados, funcionários, testemunhas e outros participantes; distingue ainda a linguagem dos documentos jurídicos, em que se inclui a da própria legislação, e a linguagem ou o discurso utilizado nas consultas jurídicas, entre clientes e advogados ou apenas entre estes últimos¹³⁷. Naturalmente, cada um destes discursos desenvolverá mecanismos linguísticos próprios, que melhor permitam a cada um desempenhar as suas funções.

O primeiro autor a traçar expressamente a distinção técnica de dois tipos fundamentais de linguagem jurídica foi Wroblewski, em 1948¹³⁸. Os campos que distinguiu foram os da linguagem da legislação e da linguagem dos juristas, que corresponderiam respectivamente, como o autor teve oportunidade de desenvolver mais tarde, num trabalho publicado em 1963, o primeiro à linguagem da legislação, ou seja, àquela que é “usada nas leis e noutras «fontes de direito»”; a segunda, à linguagem utilizada “quando se trata do direito expresso na «linguagem legislativa»” - por exemplo, a linguagem utilizada pelos juizes, advogados ou académicos. De um ponto de vista semântico, o mesmo que preside à distinção, esta linguagem dos juristas constituiria uma metalinguagem da primeira, tomando a mesma como seu objecto. Embora muito interessante como hipótese de trabalho, esta distinção parece-nos, no entanto, demasiado presa a uma excessivamente rígida concepção do sistema jurídico. Nada de que o próprio Wroblewski não se tivesse apercebido, não só situando a distinção a que procede no âmbito da análise de sistemas que denomina de *statutory law*, como admitindo que em sistemas de *common law* a distinção não pode ser tão clara, “porque não há (na teoria e na prática) diferença entre a formação e a aplicação do direito, como, pelo contrário, acontece, pelo menos em teoria, nos países de *statutory*

¹³⁶ Ángel Martín del BURGO Y MARCHÁN, *op.cit.*, p. 245.

¹³⁷ Cfr. John GIBBONS, *The language of the law*, p.13.

¹³⁸ Juan Ramón Capella chama a atenção para a utilização implícita da mesma distinção por Kelsen, já em 1923, ao falar o autor austríaco em “norma jurídica” e em “regra de direito”: as regras de direito seriam para Kelsen as proposições mediante as quais a ciência jurídica descreve o seu objecto. Cfr. Juan-Ramón CAPELLA, *op.cit.* p. 33. O texto de Wroblewski, de 1948, foi publicado em polaco, e intitula-se *A língua do Direito e a língua jurídica*. O autor retoma a distinção na sua “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica”, cap. V do já referido «Sentido» y «Hecho» en el derecho, p. 84.

law”¹³⁹. Sistemas de *statutory law*, ou, para utilizar uma expressão que nos é mais familiar, sistemas de direito continental, por vezes também denominados de direito civil, cuja face mais visível é a da criação legislativa. As diferenças que hoje encontramos nestes sistemas de feição legalista entre a teoria tradicional e a prática efectiva, precisamente ao nível apontado por Wroblewski, acabam por ser um dos aspectos mais sensíveis do trabalho que temos entre mãos, pelo que a referência à distinção introduzida pelo autor polaco é feita com alguma circunspecção. Talvez a mesma que leva o próprio a fazer aquela advertência. O tributo a Wroblewski vai ainda noutro sentido fundamental. Num texto publicado em 1985, sem se desviar das ideias defendidas no ensaio de 1963, sobre a análise da base semântica da teoria da interpretação jurídica, afirma que o ponto central da sua argumentação será o de mostrar que é forçoso considerar a vaguidade da linguagem jurídica como elemento determinante dos problemas da interpretação jurídica¹⁴⁰. Nesse sentido irá também uma parte dos nossos esforços. As indeterminações da linguagem jurídica, que são as indeterminações próprias da linguagem natural de que a anterior depende, irão certamente marcar os frutos da actividade interpretativa levada a cabo no seio do universo jurídico.

Independentemente da divisão da linguagem jurídica que se considere mais correcta, funcional ou substantivamente, há que reter a ideia de que falar em linguagem jurídica corresponde já a uma generalização, e que mais correcto seria falar em linguagens jurídicas. A generalização referida tem a virtude de apontar para características comuns aos vários registos linguísticos do Direito, que são, neste momento, aquelas que fundamentalmente nos interessam. Assim, com um maior ou menor grau de formalização, com uma sintaxe mais ou menos densa¹⁴¹, com uma terminologia mais ou menos codificada, a verdade é que as várias linguagens do Direito comungam de um determinado nível de desvio face à linguagem natural. Um desvio que justifica a classificação genérica da linguagem jurídica como linguagem especial.

Não é fácil saber até onde deve ir esse afastamento de modo a garantir o bom funcionamento da ordem jurídica. A densificação do discurso jurídico, o aperfeiçoamento do respectivo léxico e o incremento das distinções no seu seio, podem

¹³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 84.

¹⁴⁰ Cfr. *idem*, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica”, *op.cit.*, pp. 97 e ss..

¹⁴¹ BURGO Y MARCHÁN refere-se àqueles que hoje pululam pelo universo do Direito com um léxico de mil palavras e uma sintaxe de formulário. Cfr. *idem*, *op.cit.*, p.1.

responder a profundas necessidades técnico-profissionais, como já vimos. Podem facilitar a comunicação entre os membros da classe, e assim economizar tempo e esforços. Mas também podem, noutra perspectiva, funcionar como instrumento ao serviço do poder da mesma classe, contribuindo assim para a preservação do fosso existente entre a comunidade de juristas e a comunidade leiga¹⁴². Contribuindo para reforçar a imagem da natureza política do direito, que alguns sectores da doutrina consideram dominante. É esta imagem que motiva, aliás, parte da crítica que vem sendo dirigida a algumas vertentes do movimento do direito e literatura. Censura-se a ingenuidade de considerar o direito como texto, como narrativa, como linguagem, como interpretação, considerando-o antes, em primeira mão, como uma manifestação autoritária do poder político¹⁴³. Sem com essa censura, contudo, desprezar o relevo assumido por aqueles mesmos textos, narrativas, linguagem e interpretação na configuração de qualquer sistema jurídico. Isso faz questão de sublinhar, entre outros autores, Robin West, jurista feminista que afirma claramente a dominante política das actividades jurídicas¹⁴⁴. O facto de Robin West ser frequentemente associada ao movimento do Direito e Literatura, diz-nos bastante sobre a própria heterogeneidade dos estudos promovidos sob essa égide. Uma característica a que temos vindo a aludir, ainda que incidentalmente, e que nos propomos agora analisar com mais detenção.

¹⁴² Cfr. *infra*, sobretudo o cap. III, ns. 7 e 8 da I Parte.

¹⁴³ Cfr. *infra* pp. 106 e ss..

¹⁴⁴ Referindo-se aos vários projectos do movimento do Direito e Literatura, Robin West vê no primeiro destes a criação de um tipo ideal de jurista, que tenha como protagonista uma sensibilidade literária e não económica. Para o jurista dotado desta sensibilidade literária, o direito não será, ou pelo menos não será apenas, uma manifestação do poder político. Mas se o direito, como a literatura, se preocupa essencialmente com textos, palavras, interpretações, interpretações conflituantes, e com o problema da autoridade interpretativa, a verdade é que estas são “questões que têm no direito uma imediatez e um significado político que, pelo menos numa primeira aproximação, não estão presentes nas batalhas literárias”. Cfr. Robin WEST, *Caring for justice*, New York and London, New York University Press, 1997, pp. 179 e ss.. No mesmo sentido, ver, da mesma autora, *Narrative, Authority and Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.

Capítulo III – Direito e Literatura

1. Perspectivas

Desde os seus primórdios, no início dos anos 70 do século XX, os estudos interdisciplinares de Direito e Literatura têm-se ramificado numa série de diferentes vertentes, cuja autonomia é, no mínimo, duvidosa. Este começo, com origem marcadamente anglo-americana, é por muitos imputado à obra de um professor norte-americano a que já nos referimos, James Boyd White. Mas é toda a cultura jurídica anglo-americana, que se consubstancia num modo muito próprio de encarar e de viver a realidade normativa e cultural do Direito, que favorece e que fomenta esta linha de investigação. Uma cultura jurídica no seio da qual floresceu, na transição do século XIX para o século XX, o movimento do *american legal realism*, tão comprometido com a valorização dentro dos procedimentos judiciais de elementos estranhos aos tecnicismos jurídicos¹⁴⁵. De elementos que nunca figurariam em concepções mais tradicionais da ordem jurídica. Não é pois de admirar, como já tivemos ocasião de afirmar, que o articulação de estudos jurídicos com estudos literários, mais genericamente com estudos humanísticos, tenha encontrado nesses países, quer a nível teórico quer a nível prático, terreno mais que fértil. A obra intitulada *Law and Literature*, da autoria do magistrado norte-americano Benjamin Nathan Cardozo, deixou uma marca indelével em todo o pensamento jurídico anglo-americano do século XX. Mais marcante ainda do que esta sua obra, terá porventura sido a obra que desenvolveu enquanto magistrado judicial, pautada por muitas das ideias desenvolvidas nos seus escritos extra-judiciais.

¹⁴⁵ Obras mais representativas do realismo jurídico norte-americano foram-nos deixadas por Oliver Wendell Holmes (para muitos, o mais famoso jurista norte-americano), John Chipman Gray, Roscoe Pound, Karl Llewellyn ou Jerome Frank. Comum parecia ser a rejeição do formalismo e mecanicismo instalados na jurisprudência ao longo do século XIX, e associados ao protagonismo assumido por Christopher Columbus Langdell no ensino, no pensamento e na jurisprudência norte-americanos praticamente até ao final do século XIX. Cfr., v.g., Gary MINDA, “One hundred years of modern legal thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag”, *Indiana Law Review*, vol. 28, pp. 353 e ss., 1995; John Chipman GRAY, *The nature and the sources of the Law*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1972.

Começámos este trabalho pela análise de um aspecto fundamental na aproximação das duas disciplinas, que não pôde deixar de motivar a partilha de objectos e de metodologias – a importância da linguagem para o direito e para a literatura, o relevo assumido em ambos os saberes pela palavra, escrita e falada, pelos textos e pela interpretação dos mesmos. Este, com efeito, um dos irrecusáveis motores dos estudos do Direito e Literatura. De um modo genérico, uma outra ideia se assume como estímulo determinante para a prossecução destes estudos: a preocupação comum a ambas as disciplinas pelo aprofundamento da compreensão da natureza humana. Um conhecimento que é vital tanto para a literatura como para o direito, e que desde o início marcou os escritos de James Boyd White.

Com o decorrer dos anos, para além de terem atraído um considerável número de adeptos, participantes e simpatizantes, os estudos de Direito e Literatura granjearam suficiente densidade e profundidade para alcançar o estatuto de verdadeiro movimento. Este estatuto justifica toda uma série de classificações e de tipologias que a seu propósito foram sendo esboçadas. A mais difundida tem provavelmente sido aquela que distingue entre os estudos relativos à análise do *direito na literatura* e os estudos que tratam do *direito como literatura*¹⁴⁶. Na língua mãe do movimento, o *law and literature* divide-se assim no *law in literature* e no *law as literature*. Enquanto os estudos desenvolvidos no seio da primeira vertente se centram na perspectivação jurídica e judicial de obras literárias, com a análise destas a ser feita em função de interesses e considerações próprias do universo jurídico, o trabalho que se foi produzindo ao abrigo do segundo eixo de investigação assumiu feições de verdadeira teoria crítica jusliterária. Partindo das afinidades partilhadas pelos estudos jurídicos e literários, partindo talvez primeiramente da caracterização do discurso jurídico como discurso linguístico e até literário, estes estudiosos abriram as portas à criação de um verdadeiro edifício interdisciplinar, em que questões como as da narrativização do discurso jurídico, da força retórica do mesmo ou da inevitável presença de procedimentos interpretativos em

¹⁴⁶ Recentemente, Calvo González refere ao lado destas duas orientações – e descontando a exorbitante vertente do direito da literatura – uma terceira, que designa como direito com literatura. Uma intersecção que ele classifica como institucional e que é possibilitada pela partilha social de uma mesma prática poética: prática que é a da efectiva capacidade de instituir o social, de fazer passar da natureza à cultura, de tipificar actos e processos de sentido partilhado. Em suma, de institucionalizar imaginários sociais. Cfr. José CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y Literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional”, in *idem*, ed., *Implicación Derecho Literatura*, pp. 3-27.

todo o momento compreensivo do Direito, se vêem profundamente enriquecidas com as aportações proporcionadas pela crítica e teoria literárias.

Esta divisão, como já referimos, corresponde, talvez, a uma visão demasiado estreita, demasiado académica, porventura de ordem meramente sistemática, dos estudos desenvolvidos no seio do movimento. Ao longo da nossa exposição, iremos certamente dar-nos conta da medida em que o amadurecimento dos estudos de direito e literatura em geral tornou difícil manter a pureza da distinção entre estudos de direito na literatura e de direito como literatura. Se é que tal distinção alguma vez foi real. Aquele amadurecimento tornou difícil manter inclusivamente a própria pureza da dicotomia Direito e Literatura.

Uma classificação alternativa, mais analítica, é a que surge pela mão de Robin West, classificação esta a que já aludimos, e que distingue quatro possíveis caminhos no seio dos estudos do Direito e Literatura. Quatro diferentes projectos em torno dos quais se vão congregar os esforços de pensadores comprometidos com o movimento. Havíamos já referido o primeiro desses projectos como sendo o da construção de um tipo ideal de jurista literato, culturalmente dotado, enquanto parte integrante de uma específica comunidade cultural. Adoptando uma concepção que vê o Direito, essencialmente, como um universo cultural, o jurista é visto como um agente dessa cultura, como um artista. É, por excelência, o projecto que Boyd White tem vindo a argumentar ao longo das últimas décadas, dedicando-lhe grande parte da sua carreira académica, e, na opinião de West, com um razoável sucesso.

West vê uma continuação deste projecto no trabalho que tem vindo a ser desenvolvido por Martha Nussbaum, filósofa de formação e feminista de coração, sobretudo ao nível da afirmação de um raciocínio prático, incluído o jurídico, humanístico. A ideia que defende é a de que para realizar as nossas ambições de justiça devemos deixar que o Direito se alimente do conhecimento empático do outro, a que acedemos através do coração – aquilo a que chama *Love's knowledge*¹⁴⁷ -, e pelos ensinamentos retirados de uma leitura crítica, mas simpática e comprometida, da nossa herança cultural.

O segundo projecto, a que West chama projecto crítico, coincide largamente com a clássica vertente dos estudos do direito na literatura, enquanto o terceiro, talvez aquele

¹⁴⁷ Título de uma das mais consagradas obras da autora – *Love's knowledge. Essays on philosophy and literature*, New York, Oxford University Press, 1990.

que maior visibilidade e complexidade alcançou, constitui uma tentativa de aprofundar o nosso entendimento da interpretação jurídica, dos textos e da autoridade jurídica, pelo recurso ao trabalho, aos estudos e conhecimentos sobre a interpretação, provenientes sobretudo da literatura. Este projecto interpretativo constitui, digamos, o núcleo dos estudos de direito como literatura.

West autonomiza ainda um quarto projecto, que consiste na análise, explicação e expansão da voz narrativa no Direito, no pensamento e no ensino jurídicos. Um projecto que se mostra, de entre os quatro, aquele que de maiores contornos políticos se reveste, mais distante que está das regras que restringem o mesmo pensamento e, sobretudo, o mesmo ensino¹⁴⁸.

2. Direito na Literatura. O ensino humanístico do Direito como ensino da cidadania. O cânone literário

Sem curar de fidelidades a uma qualquer prévia classificação, temos que um dos mais relevantes eixos de trabalho no seio dos estudos a que nos temos vindo a referir se identifica com a análise do Direito na Literatura, e que se vai caracterizar, sobretudo, pela valorização do texto literário e dos seus conteúdos para a compreensão e enriquecimento dos estudos e práticas jurídicos¹⁴⁹. Se o interesse, num momento inicial, se centrou no valor que para o direito poderia ter a análise de obras literárias que directamente retratassem aspectos mais ou menos concretos da vida jurídica, a evolução foi definitivamente no sentido de alargar o material literário objecto de trabalho¹⁵⁰. O que verdadeiramente deverá interessar ao cultor dos estudos jusliterários é a riqueza humana da obra literária, ou seja, são os retratos psicológicos, éticos e sociais que a

¹⁴⁸ Cfr. Robin WEST, *Caring for justice*, pp. 179 e ss..

¹⁴⁹ Algumas obras neste domínio, a título exemplificativo, são: Irving BROWNE, *Law and Lawyers in Literature*, Littleton, Colorado, Fred Rothman & Co., 1982 (1ª ed. de 1883); Brook THOMAS, *Cross examinations of law and literature. Cooper, Hawthorne, Stowe and Melville*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Lenora LEDWON, ed., *Law and Literature. Text and Theory*; Maria ARISTODEMOU, *Law & Literature. Journeys from her to eternity*; Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *El derecho civil en las obras de Cervantes*, Granada, Comares, 1987.

¹⁵⁰ Cfr. Joana Aguiar e SILVA, “Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar”, pp. 9 e ss..

mesma obra trace de personagens, de situações e de acontecimentos, que poderão ou não estar, cada um deles, directamente comprometidos com a esfera jurídica. Porque a matéria prima do direito é a própria vida, são as relações humanas, sociais e profissionais que os sujeitos vão estabelecendo uns com os outros. A compreensão mais profunda da natureza humana, o conhecimento dos possíveis, prováveis ou improváveis comportamentos do homem ou da mulher perante circunstâncias tão diversas como aquelas com que a vida constantemente nos desafia, são potenciados pela exposição aos textos literários. Pelo que o jurista letrado não tem forçosamente que se debruçar sobre obras literárias que representem facetas institucionais da vida do Direito. Numa afirmação de princípios que vai ao encontro daquilo que há muito se sente, James Boyd White defende que “a verdadeira excelência da actividade judicial é uma excelência de atitude e de carácter”¹⁵¹.

Não queremos com estas observações, de modo algum, subscrever a tese por alguns estudiosos sufragada de que a leitura de obras literárias nos torna melhores pessoas, mais generosas, mais altruístas. Como já tivemos oportunidade de referir em outro trabalho¹⁵², esta tese tem sido, nos círculos jurisprudenciais, injustamente conotada com o ensino humanístico de Martha Nussbaum¹⁵³. E como também já tivemos ocasião de afirmar, concordamos que não é por ler determinadas obras que vamos mudar as nossas convicções mais profundas em relação a questões fundamentais que dizem respeito ao homem, à vida ou à sociedade. Se politicamente somos de esquerda ou de direita, se somos contra ou a favor da eutanásia, do aborto, da escravatura ou da pena de morte, se somos ou não racistas, machistas ou feministas, trabalhadores ou parasitas, pacifistas ou não pacifistas – não vamos, com grande probabilidade, deixar de o ser por lermos literatura que represente posições contrárias às nossas. Ou, pelo menos, não vamos deixar de o ser repentinamente, “de uma leitura para a outra”. Isso mesmo reconhecem Richard Delgado e Jean Stefancic num artigo

¹⁵¹ Cfr. James Boyd WHITE, “Rhetoric and law. The arts of cultural and communal life”, *in idem*, *Heracle's Bow*, p. 47

¹⁵² Cfr. Joana Aguiar e SILVA, *A prática literária entre direito e literatura*, pp. 121 e ss..

¹⁵³ Vertido em obras como *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995, ou *Cultivating Humanity. A classical defense of reform in liberal education*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997. Muito interessante é ainda “Poets as judges: judicial rhetoric and the literary imagination”, *University of Chicago Law Review*, vol. 62, pp. 1477 e ss., 1995.

marcante em que os autores se propõem reflectir sobre as concretas virtudes desta premissa dos estudos jusliterários¹⁵⁴.

Antes de atentarmos nas conclusões a que chegam naquele texto, no entanto, devemos confessar que a ideia de Nussbaum não nos parece ser exactamente a de que nos tornamos moralmente melhores com a leitura de determinadas obras da literatura universal. Daí a injustiça da acusação. O que Nussbaum alega, e nisso não está sozinha, é que essa leitura nos pode abrir as portas da imaginação, nomeadamente da imaginação empática, que nos pode facilitar o caminho para uma identificação com o eu do outro, com a sua diferença¹⁵⁵. Pode fomentar em nós a tolerância face a essa diferença, pela compreensão da mesma. A vida que vivemos, o universo em que nos movemos, são com frequência demasiado estreitos e paroquiais para que consigamos sentir a riqueza de todas as vidas possíveis. A literatura possibilita-nos um acesso, indirecto, mediato e certamente fragmentado, a muita dessa vida que de outra forma não cabe na nossa. Talvez nos faça repensar as nossas próprias convicções, não necessariamente para as repudiarmos, mas porventura até para as reforçarmos. O que se espera que saia enriquecido desse processo é a nossa capacidade de compreensão, de aceitação do que nos é diferente; é o nosso conhecimento das infinitas potencialidades da natureza humana, que se reflectirá no nosso conhecimento de nós mesmos. São as virtudes cardeais do ensino socrático que Nussbaum tem vindo a exaltar ao longo de toda a sua obra escrita e também ao longo de toda a sua carreira como professora universitária. Virtudes que constituem parte da preparação de cada aprendiz, seja ele futuro jurista, médico ou engenheiro, para a vida em sociedade, para a cidadania. Para assumirmos determinadas posições, determinadas opções de vida, para sermos senhores das nossas escolhas, melhor é que saibamos argumentar a favor das mesmas, reflectindo sobre elas e sobre as suas possíveis alternativas. Há que fazer nossas as nossas crenças, as nossas convicções, as nossas tradições. Há que assumir a responsabilidade pelas nossas ideias e pelas nossas opções, ainda que correspondam às opções e às ideias dos nossos pais, dos

¹⁵⁴ Cfr. Richard DELGADO, Jean STEFANCIC, “Norms and narratives: can judges avoid serious moral error?”, *Texas Law Review*, vol. 69, pp. 1929 e ss., June 1991.

¹⁵⁵ Cfr. Nancy COOK, “Symposium on law, literature and the humanities. Outside the tradition: literature as legal scholarship: the call to stories. Speaking in and about stories”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 63, pp. 95 e ss., Fall, 1994; Clark D. CUNNINGHAM, “Symposium on law, literature and the humanities. Learning from law students: a Socratic approach to law and literature?”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 63, pp. 195 e ss., Fall, 1994.

nossos avós ou dos nossos mestres¹⁵⁶. Este é um desafio que implica reflectir criticamente sobre aquilo que verdadeiramente pensamos e sentimos, e sobre aquilo que os outros pensam e sentem, é um desafio que implica questionar alternativas e submetê-las a exame. A leitura de obras literárias pode fomentar esta reflexão, pode dar-nos material para argumentarmos, pode desenvolver a nossa perspicácia e a nossa sensibilidade. Não tornar-nos melhores moralmente, mas talvez mais compreensivos, certamente melhores leitores críticos, mais preparados para lidar com a diferença, mais propensos a uma identificação empática com o outro. Nas palavras de Nussbaum, mais capazes de compaixão pelo reconhecimento da própria vulnerabilidade à desgraça¹⁵⁷. E este parece-nos ser um atributo de excepcional relevância no exercício das várias profissões jurídicas.

Não está aqui em causa a competência, a perícia técnica e profissional de que, ninguém duvida, estes agentes têm que estar providos¹⁵⁸. A componente técnica, constituída por todo um manancial de conhecimentos especializados, de que a formação de qualquer jurista tem que dar provas, é indiscutível. Mas nunca suficiente. O que, no

¹⁵⁶ Todo este processo a mais não corresponde senão àquela a que Séneca se referia como a prática da educação liberal. Em resposta a um pedido que lhe havia sido feito pelo seu amigo e interlocutor habitual, Lucílio, sobre o que pensava dos tradicionais estudos liberais, Séneca descreve a educação liberal como sendo aquela que visa tornar os seus alunos livres, capazes de tomar conta do seu próprio pensamento e de conduzir um exame crítico das normas e tradições da sua sociedade. Aquela a que Nussbaum chama a “nova” educação liberal adequa-se à liberdade apenas se for de forma a produzir cidadãos livres por poderem chamar as suas mentes de suas. “Homens, mulheres, escravos ou livres, ricos ou pobres, olharam para dentro de si mesmos e desenvolveram a faculdade de separar o mero hábito e convenção daquilo que conseguem defender através de argumentos”. Por outro lado, se a educação liberal dos estóicos se destinava a obter um fundamental auto-conhecimento socrático, a “nova” educação liberal é forçosamente pluralista. “Não estaremos a respeitar completamente a humanidade dos nossos concidadãos – não cultivaremos a nossa – se não quisermos aprender sobre eles, compreender a sua história, apreciar as diferenças entre as suas vidas e as nossas. Temos pois que construir uma educação liberal que seja não apenas socrática, realçando o pensamento crítico e a argumentação respeitosa, mas também pluralística, conferindo um entendimento das histórias e contributos de grupos com os quais inter-agimos, tanto dentro da nossa nação como na progressivamente internacional esfera negocial e política”. Cfr. Martha NUSSBAUM, *Cultivating humanity*, p. 293-295; Lúcio Aneu SÉNECA, *Cartas a Lucílio*, Carta 88, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pp. 415 e ss..

¹⁵⁷ Cfr. Martha NUSSBAUM, *op.cit.*, p.91.

¹⁵⁸ Sobre a específica aptidão da literatura para desenvolver as capacidades técnico-linguísticas dos juristas em geral, cfr. Marcia CANAVAN, “Using literature to teach legal writing”, *Quinnipiac Law Review*, vol. 23, pp. 1 e ss., 2004.

exercício das nossas profissões jurídicas, nós fazemos com essas técnicas, com as regras, com as normas, com os princípios, com as próprias praxes, depende de um sem número de elementos que estão para lá desse mesmo complexo normativo¹⁵⁹. É nesse universo, outrora marginal para a grande maioria das concepções jurídicas, que se inscrevem as nossas reflexões e as nossas preocupações. Não é sequer necessário invocar doutrinas pós-modernas para mostrar a importância que hoje se reconhece a elementos ditos extra-jurídicos na construção dos ordenamentos de Direito em geral e na conformação das decisões judiciais em particular. É em todo este horizonte teórico-prático que assume papel preponderante aquela capacidade empática, de identificação com o outro, da tal compaixão pelo reconhecimento da própria vulnerabilidade a um mundo feito de contingência. Compreender a diversidade de motivações do comportamento humano, ter consciência das idiosincrasias que determinam condutas que nos podem parecer bastante estranhas, pode contribuir para uma maior correção das decisões judiciais. Claro que saber em que consiste esta maior correção de uma decisão judicial nos poderia levar a uma viagem sem fim. Para os fins que nos propomos, no entanto, parece-nos suficiente identificá-la com o ideário do senso comum. Uma decisão correcta será, a maior parte das vezes, uma solução justa, sob o ponto de vista jurídico e sob o ponto de vista social. Que nem sempre coincidem, como bem sabemos. Será uma solução consensual, equilibrada, sensata. Autoritária, sim, como lhe compete, mas nem por isso desprovida de humildade. A humildade que é própria dos sábios, jamais distraídos das suas inultrapassáveis limitações.

Que a leitura de obras literárias pode potenciar todos estes efeitos positivos, é o que defendem alguns expoentes do movimento do Direito e Literatura, nomeadamente Richard Weisberg¹⁶⁰. Apontando a literatura como a melhor fonte, fora de nós mesmos, de senso e sensibilidade, Weisberg acentua igualmente o relevo substancial que no Direito assumem as questões formais e estilísticas do discurso. Forma e substância confundir-se-iam no discurso jurídico, permitindo ao autor desenvolver aquilo que vem

¹⁵⁹ Burgo y Marchán lembra a caracterização pelo Lord Chancellor Lyndhurst do arquétipo do bom juiz: “Antes de mais deve ser honesto. Em segundo lugar, tem que possuir uma razoável dose de habilidade. A isso deverá unir a coragem e o cavalheirismo. Se a estas qualidades acrescentar alguns conhecimentos de Direito, pois isso ser-lhe-á muito útil”. Cfr. Ángel Martín del BURGO Y MARCHÁN, *op.cit.*, p. 147.

¹⁶⁰ Cfr. Richard WEISBERG, *Poethics and other strategies of law and literature*, New York, Columbia University Press, 1992; *idem*, “Coming of age some more: «Law and literature» beyond the cradle”, *Nova Law Review*, vol. 13, pp. 107 e ss., 1988.

a designar de método *poethic*¹⁶¹, através do qual pretende preencher o vazio ético que constata existir nos actuais pensamento e prática jurídicos. A estética do discurso jurídico não pode fazer o jurista esquecer-se da ética que tem que lhe subjazer. “A minha teoria sempre foi, e continua a ser, a de que a leitura de uma obra literária por nós proporcionará ao jurista convenientemente educado modelos de claridade e cor na sua própria escrita profissional”. Weisberg aponta a partir daqui para aquele que seria, no seu entender, o conceito que une todos os subgéneros do Direito e Literatura: a correcção¹⁶².

Um dos problemas que a propósito destes estudos do Direito na Literatura se tem levantado é o dos critérios de selecção literária adoptados pelos seus cultores. Mais uma vez, um sem número de questões se poderia colocar a este respeito. Como escolher essas obras literárias capazes de nos tornar mais humanos, capazes de nos enriquecer a imaginação e de aguçar o nosso sentido crítico? A criarmos, numa Escola de Direito, um curso de *direito na literatura* com o intuito de fomentarmos nos alunos aquelas aptidões, de que obras literárias aconselharemos a leitura? daquelas que retratem directamente aspectos da vida institucional do Direito? Que tenham como personagens advogados, magistrados, envolvidos em toda a azáfama do exercício das suas profissões? Já tivemos oportunidade de afirmar a estreiteza de uma tal selecção. Será mais adequado prescrever a leitura dos clássicos? Mas quais? E o que são os clássicos? O problema subsiste. E aprofunda-se quando pensamos que, necessariamente, as nossas escolhas reflectem aquilo que somos. Reflectem o que sabemos, o que sentimos, o que pensamos. Os nossos receios, as nossas convicções, as nossas preferências. Este é, precisamente, o fundamento de muitas das críticas que têm sido dirigidas aos estudos jusliterários desta natureza. Critica-se o uso tendencioso e ideologicamente orientado da literatura por parte dos juristas, que fazem a selecção das obras literárias a analisar em função dos argumentos que visam defender.

Dunlop, num artigo em que se debruça sobre a existência de estudos literários nas escolas de Direito, refere-se àquele uso indevido como sendo um vício, que

¹⁶¹ O neologismo, fruto da fusão entre *poetic* com *ethic*, não tem correspondente na nossa língua.

¹⁶² No original, *rightness*. E fazemos o reparo porque o comentário de Weisberg faz sentido apenas no inglês: “Indeed, the three R’s of Law and Literature – reading, ‘riting and rightness – are woven seamlessly together”. Cfr. *ibidem*, p. 122.

sugestivamente designa de procustiano¹⁶³. Tal como Procustes, na antiga mitologia grega, mutilava os membros das suas vítimas para os ajustar às dimensões do leito de ferro a que as prendia, ora amputando-os por serem demasiado grandes, ora tendo que os esticar por serem pequenos, também os praticantes do direito na literatura podem ser acusados de desvirtuar as obras literárias para nelas fazerem caber as suas propostas éticas e políticas. Podem ser e são frequentemente acusados de ler e interpretar as obras literárias com o fito de as fazer coincidir com os argumentos que visam defender, com os interesses que tratam de preservar, desta forma cerceando a complexidade e a riqueza das próprias obras. Este uso abusivo do prestígio e da autoridade das obras literárias começa com a própria selecção que delas empreendem os investigadores, procurando, naturalmente, as que melhor correspondem às suas convicções, profissionais, éticas ou políticas. E deste modo desprezando, por vezes ostensivamente, “escritores mais subtis e mais dignos de consideração do que o permitido pela sua moldura arbitrária”¹⁶⁴. Esta censura é concretamente dirigida por Dunlop às clássicas selecções literárias de Richard Weisberg, mas a verdade é que não deixa de ser aplicável a muita da obra feita neste domínio. Embora reconheçamos a verdade da crítica, não podemos também deixar de notar a dificuldade que sempre terá que haver em fugir a ela. Não podemos fugir de nós mesmos, e as nossas escolhas são e sempre terão que ser isso mesmo: escolhas, e nossas. Nossas individualmente, sim, mas sem esquecer que uma grande parte de nós é constituída pelas nossas tradições, pela nossa cultura, pelo nosso eu comunitário.

Ao ser apontado por elevar à condição de cânone as obras literárias pertencentes à tradição humanística da cultura ocidental, James Boyd White defende-se, dizendo que as suas escolhas têm mais que ver com o valor intrínseco das mesmas obras do que propriamente com a assunção de uma dominante cultural¹⁶⁵. Mas, ao mesmo tempo, é o primeiro a reconhecer que ele próprio se define enquanto pertencendo a uma dada cultura, que é no fundo a mesma que abre caminho à valorização daquelas obras. Como afirma Dunlop, talvez White prefira autores da literatura grega e da Idade da Razão, porque lhe permitem defender o mundo racional e civilizado que tende a contemplar. Comentando o debate académico que ao longo de escritos vários Richard Posner e Robin West foram travando a propósito do cânone literário no seio dos estudos de

¹⁶³ Cfr. C.R.B. DUNLOP, “Literature Studies in Law Schools”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 3, pp. 63 e ss., 1992, pp. 93 e ss..

¹⁶⁴ Cfr. *ibidem*, p. 94.

¹⁶⁵ Cfr. James BOYD WHITE, *Acts of hope: creating authority in literature, law and politics*, pp. 80-81.

direito e literatura, Bruce Rockwood aponta duas razões para que sobretudo os trabalhos iniciais da escola se tivessem centrado em obras clássicas: por um lado, por algum sítio tinham que começar, e nada de mais natural do que começar pelo que era mais familiar, e que permitiria, no fundo, assegurar uma plataforma cultural partilhada. Por outro lado, a necessidade de afirmação do movimento e das suas pretensões acabava por se fazer valer da autoridade e legitimidade de que estavam invariavelmente investidos os clássicos¹⁶⁶.

Não nos sentimos com legitimidade para afirmar que a polémica do cânone está ultrapassada, ou que foi sendo ultrapassada à medida que o movimento foi amadurecendo. Até porque sempre será motivo de controvérsia a selecção das obras literárias que num dado momento e num dado lugar se entendem como adequadas a servir os interesses dos estudos jusliterários. Parece-nos no entanto que, não só a noção de cânone se tornou hoje muito mais flexível, também por força dessa maturação, como a própria ideia daquilo que constitui um clássico se alterou substancialmente. O clássico transformou-se, em larga medida pela mão de Italo Calvino, na obra que sempre é melhor ler do que não ler, que nunca acaba de dizer aquilo que tem para dizer, por mais vezes que se leia, que incessantemente suscita uma trama de discursos críticos enquanto se mantém igual a si mesma, que tende a relegar a actualidade à categoria de ruído de fundo, sem no entanto conseguir prescindir desse mesmo ruído de fundo, que exerce uma particular influência, seja quando se impõe por inesquecível, seja quando se esconde nas pregas da memória, mimetizando-se com o inconsciente colectivo ou individual¹⁶⁷. Um clássico é uma obra que se configura como equivalente do universo, à semelhança dos antigos talismãs. Perante estas propostas de identificação de um clássico, avançadas por Calvino, e compreendendo que o benefício que procuramos retirar da leitura e análise crítica de obras literárias passa pelo enriquecimento da nossa imaginação e da nossa capacidade compreensiva, pela própria exposição a mundos físicos e humanos alternativos ao nosso, estamos em crer que dispomos de elementos para eventualmente justificar escolhas literárias menos canónicas aos olhos de outras gerações de jusletrados. Ou de, seguindo a mesma linha de argumentação, subscrever a selecção de obras literárias integradas no cânone sem com isso defender a supremacia

¹⁶⁶ Bruce ROCKWOOD, ed., *Law and Literature Perspectives*, New York, Peter Lang Publishing, 1998, pp. 3-4..

¹⁶⁷ Cfr. Italo CALVINO, *Por que leer los clásicos*, Barcelona, Fabula Tusquets, 3.ª ed. 1999, max. pp. 13-20.

de uma determinada cultura, de uma particular vivência ética ou política, sem com isso servir uma tradicional estrutura de hierarquia social ou política. É, no fundo, aquilo que sugere Rockwood, ao afirmar que o verdadeiro cânone do Direito e Literatura é o mundo tal como se nos depara, tal como o encontramos e ocupamos, estando o desafio numa sua leitura cuidadosa e crítica, a fazer com empatia, com razão e com esperança¹⁶⁸.

3. Jurisprudência narrativa e *legal storytelling*: o Direito na e como Literatura

Referimos antes – e retomamos agora – a atenção que despertou um trabalho escrito por Delgado e Stefancic em que os autores, de modo bastante lúcido, reflectem sobre aspectos mais pragmáticos do direito na literatura. Muito concretamente, aquilo que os autores fazem é analisar um determinado número de decisões judiciais históricas da jurisprudência norte-americana. E decisões judiciais históricas pelos piores motivos: por sobre elas recair actualmente a mais generalizada censura. Uma censura que é não apenas social, mas antes verdadeiramente moral, reconhecendo-se que os magistrados que as elaboraram incorreram, no momento dessa elaboração, naquilo a que Stefancic e Delgado designam de *sério erro moral*. Uma designação que os próprios consideram difícil de definir, mas que reservam para aqueles casos mais chocantes de decisões que, embora tendo surgido como naturais no seu tempo, vêm mais tarde a ser condenadas por praticamente todos. Os autores limitam estas situações aos casos em que uma decisão (1) padece de uma grosseira falta de sentido de gradação, (2) vem a ser larga ou universalmente condenada por gerações futuras, num processo algo semelhante ao de uma anulação, (3) ou parte de pressuposições que acabam por ser inequivocamente refutadas por experiências posteriores¹⁶⁹.

Não é de estranhar que todas as decisões contempladas pelos autores envolvam o tratamento diferenciado de grupos que designaríamos de minoritários, ou marginais: negros, mulheres, povos indígenas, asiáticos, homossexuais e deficientes. São decisões em que, sem mostrar necessidade de particulares justificações, os magistrados partem

¹⁶⁸ Cfr. Bruce ROCKWOOD, *op.cit.*, p. 4. Rockwood lembra a observação de Katta Pollitt segundo a qual, num país de verdadeiros leitores, este é um problema que naturalmente nem se põe.

¹⁶⁹ Cfr. Richard DELGADO, Jean STEFANCIC, *op. cit.*, nota 2, p. 1960.

do pressuposto que determinados comunidades sociais ou raciais são inequivocamente inferiores a outras comunidades sociais ou raciais. A incapacidade demonstrada pelos agentes judiciários para se identificarem, imaginativa e empaticamente, com as pessoas em causa, cujos destinos têm nas mãos, surge como uma explicação possível e provável para os erros cometidos nas respectivas decisões. Quando determinadas ideias, determinadas concepções enraizadas numa sociedade, numa cultura, acabam por assumir a aparência de verdades objectivas, esses erros tornam-se não só aceitáveis como até inconscientes. O que os autores perguntam é então o seguinte: “se uma falta de consciência do *outro* judicial tornou estas sentenças, agora embaraçosas, aceitáveis na altura, teria feito alguma diferença se os juízes se tivessem tentado expor a outros pontos de vista? (...) Poderia a leitura de uma *contra-narrativa* bem escrita, profundamente sentida, salvar um juiz da condenação da história em casos como os discutidos?”¹⁷⁰

Não deixa de ser sugestiva a expressão empregue por Stefancic e por Delgado, de *contra-narrativa*, para realçar precisamente o desvio dos textos literários capazes de despertar consciências, adormecidas à sombra de marcadas heranças culturais, em relação àqueles que constituiriam, para um determinado tempo e lugar, a narrativa dominante. Aquela através da qual a realidade seria ordenada e entendida. Aquela perante a qual as decisões em causa teriam plena justificação e aceitação. A questão, no fundo, é então a seguinte: poderia uma decisão como a obtida em 1895 no caso *Plessy vs. Ferguson*, agora universalmente condenada como racista e pró-esclavagista, ter sido evitada pela exposição dos magistrados decisores a narrativas abolicionistas já existentes na altura? Poderia a leitura da obra *A cabana do pai Tomás*, publicada em 1852 por Harriet Beecher Stowe, ou da *Narrativa da vida de Frederick Douglass*, publicada pelo próprio em 1845, ter servido como antídoto contra os “sérios erros morais” em que aquela decisão incorreu? A opinião dos autores é claramente negativa. As nossas determinações culturais são, entendem eles, demasiado fortes para sofrerem alterações profundas com a leitura de uma ou duas obras literárias. Obras literárias que, pela própria natureza dos fins em vista, se pretendem contrárias a todo um ideário social, ético e político vigente e que, por essa mesma razão, são passíveis de suscitar por parte da comunidade leitora uma muito maior resistência. *Contra-narrativas*. Em larga medida, como afirmam Delgado e Stefancic, nós somos as nossas actuais narrativas:

¹⁷⁰ Cf. *ibidem*, pp. 1930 e ss..

somos aquilo que a experiência comunitária e a cultura circundante de nós fazem. Podemos ser mais ou menos sensíveis a transformações, mas a profundidade destas virá, de uma maneira geral, de forma lenta e gradual. Daí que “o potencial salvador da maior parte das contra-narrativas” seja “muito mais limitado do que aquilo que gostaríamos de acreditar ou do que os defensores do direito e literatura reconhecem”¹⁷¹. Posta em causa fica aquela que deveria constituir, no entender dos autores, uma das maiores virtudes do movimento do direito e literatura e que consiste na esperança de que o contacto com estas contra-narrativas evite os graves erros judiciários que resultam da incapacidade do juiz em criar empatia com os litigantes ou com as suas circunstâncias. A ausência de resultados expressivos a este nível, se está na dependência daquela indefectível determinação cultural, prende-se ainda com um aspecto a que já antes nos referimos: o das limitações impostas por um cânone mais ou menos consciente. “Infelizmente, as mesmas forças que levam ao sério erro moral, levam à formação de um cânone literário que é suave, uniforme e pouco passível de nos salvar de tais erros”¹⁷². Ou seja, um cânone que é sempre demasiado estreito para acolher com boa vontade aquelas contra-narrativas, aquelas obras que num dado momento histórico têm dificuldade em se fazer ler, em se fazer sentir, por representarem, de certa forma, o avesso do *status quo* social, ético, cultural. A credibilidade dessas obras, e das ideias que veiculam, a sua razoabilidade, a sua bondade, só muito lentamente se irão impor. Ou nem isso... E isto num processo que implica uma autêntica mudança de mentalidades. Um processo que muito tem a ganhar com os contributos efectivos da leitura de obras literárias, clássicas, menos clássicas, canónicas ou revolucionárias.

Aquilo que temos vindo a dizer faz-nos lembrar a dificuldade antes referida de, a dada altura, metodológica e epistemologicamente falando, não sabermos se estamos no domínio do direito na literatura se no do direito como literatura. Começamos por nos situar no primeiro, mas quando damos por nós a reflectir sobre a importância que para o direito vivo, e vivido, podem ter as narrativas, as obras literárias, as histórias que são contadas – porque disso, de contar histórias, trata a literatura, como disso trata, numa medida considerável, o direito -, apercebemo-nos que talvez estejamos já a ver o direito, ou partes do direito, como uma realidade literária. Ao dizermos que o contacto com a

¹⁷¹ Cfr. *ibidem*, p. 1933.

¹⁷² “Rejeitamos, precisamente, aquelas narrativas que nos poderiam salvar do juízo da história”. Cfr. *ibidem*, pp.1953-1955.

literatura, com as obras literárias, pode contribuir positivamente para uma mudança de mentalidades, e nessa medida concorrer para uma maior ponderação e uma maior justiça das decisões judiciais, não estaremos já a proceder a uma certa narrativização do discurso jurídico? Richard Delgado e Jean Stefancic podem ter concluído negativamente àquela sua questão de saber se a leitura de certas histórias poderia ter impedido sérios erros morais de inquinarem determinadas decisões judiciais. Mas isso não os faz dispensar pura e simplesmente o potencial valor judicial representado por estas histórias. Ou contra-histórias. Richard Delgado, sobretudo, é considerado um dos maiores expoentes do chamado *storytelling* jurídico, além de ser, certamente não por acaso, reconhecido como um dos fundadores/criadores do movimento conhecido como *critical race theory*. E dizemos que não será por acaso, porque as raízes desta valorização¹⁷³ dos processos e dos momentos narrativos no seio dos estudos jurídicos tem com frequência sido associada, mais do que ao movimento do direito e literatura propriamente dito, aos seus homólogos da *critical race theory* e da jurisprudência feminista¹⁷⁴. Movimentos estes que, por sua vez, viram muitas das suas reflexões surgir, ou ganhar corpo no seio da heterogeneidade dos chamados *Critical Legal Studies*¹⁷⁵.

¹⁷³ Que melhor se deveria identificar como uma revalorização se pensarmos na estima que por estas artes literárias nutriam os juristas clássicos.

¹⁷⁴ Cfr. Robin WEST, *Caring for justice*, pp. 207-208.

¹⁷⁵ Um encontro de juristas, em 1976, na Law School of the University of Wisconsin, dá origem a uma associação social e profissional chamada *Conference on Critical Legal Studies*. A diversidade de projectos intelectuais que à sua sombra se vêm a acolher e a ausência de uma metodologia ou aproximação doutrinal comum, justificam as dificuldades de uma cabal caracterização da sua matriz ideológica. O movimento procura “examinar o modo como a doutrina jurídica e o ensino e prática das instituições jurídicas operam para sustentar e suportar um sistema difuso de relações opressivas e não igualitárias”. Cfr. “Statement of Critical Legal Studies Conference”, in P. FITZPATRICK, A. HUNT, eds., *Critical Legal Studies*, New York, Basil Blackwell, 1987, *apud* Gary MINDA, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 178. A mensagem manifestamente política do movimento terá induzido alguns juristas contemporâneos a rejeitar também as teses doutrinárias dos expoentes do CLS, como nos mostra Gary Minda. É também Minda que nos dá conhecimento do entendimento que tem Martha Minow, feminista e simpatizante do CLS, quanto àquilo com que verdadeiramente os CLSers se comprometem. Argumentando que a Escola representa mais do que uma posição política, defende a sua caracterização pelo empenho em explicar o facto de as doutrinas e princípios jurídicos terem uma estrutura aberta e serem capazes, por isso mesmo, de produzir resultados contraditórios. No mesmo sentido, pretende-se expor a realidade de que as decisões jurídicas exprimem a dinâmica interna de uma cultura jurídica, dinâmica relativa às preferências históricas por determinados valores e convicções, que assim sempre resultam de escolhas. Ou seja, o Direito é, para os CLSers em geral, sempre fruto de um

Num texto que se tornou, desde que foi publicado, em 1989, de referência obrigatória para estes domínios, Delgado empreende a apologia da narrativa como instrumento de consciencialização das estruturas dominantes, por um lado, e de libertação dos grupos subordinados e marginalizados, por outro¹⁷⁶. As histórias permitem, no seu entender, dar voz a quem pela via oficial do direito é invariavelmente silenciado¹⁷⁷. O facto de posteriormente o autor vir a reconhecer algum fracasso concreto na ideia de através da leitura destas histórias se alcançar uma maior correcção judicial, em nada contende com a ideia antes defendida, e agora mantida, de que o contacto com estas narrativas pode contribuir para uma lenta e gradual mudança das mentalidades. As mesmas que alimentam aquelas desigualdades e que autorizam e legitimam aquela subordinação. Para aqueles que pertencem às minorias, diz-nos Delgado, o principal instrumento da sua subordinação é precisamente o da mentalidade dominante, que permite aos grupos dominantes justificar um certo *status quo*. E fazê-lo de consciência tranquila. “As histórias, parábolas, crónicas e narrativas são poderosos meios de destruição de uma mentalidade estabelecida – do conjunto de pressuposições, sabedoria recebida, e entendimentos partilhados que constituem o pano de fundo do discurso jurídico e político. Raramente estas questões são focadas. São como óculos que usamos há já muito tempo. São quase invisíveis; usamo-los para perscrutar e interpretar o mundo e raramente os examinamos por si mesmos. A ideologia – os conhecimentos recebidos - faz os correntes equilíbrios sociais parecerem justos e naturais. Os que estão no poder dormem bem à noite – a sua conduta não lhes parece opressiva”¹⁷⁸. A cura, diz

conjunto de contingências históricas que impedem que ele possa ser legitimamente encarado e discutido como um corpo autónomo de conhecimento. Cfr. também Juan A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, *maxime* a apresentação e o cap. III.

¹⁷⁶ Cfr. Richard DELGADO, “Legal storytelling: storytelling for oppositionists and others: a plea for narrative”, *Michigan Law Review*, vol. 87, pp. 2411 e ss., August 1989.

¹⁷⁷ Permitem dar voz àqueles a que Scheppelle vê como excluídos, num processo em que a afirmação de uns implica o decaimento de outros. “Wherever there is a «constitutive we», there is also an excluded «they»”. Cfr. Kim Lane SCHEPPELLE, “Foreword Telling Stories”, *Michigan Law Review*, vol. 87, pp. 2073 e ss., August 1989, pp. 2078 e 2090; David Ray PAPKE, “Legitimate illegitimacy: the memoirs of nineteenth-century professional criminals”, in *idem*, *Narrative and the legal discourse. A reader in storytelling and the law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 199; pp. 226-236; Jim THOMAS, “Prisoner cases as narratives”, in David Ray PAPKE, *op.cit.*, pp. 237-261.

¹⁷⁸ Cfr Richard DELGADO, *op.cit.*, p. 2413.

Delgado, está em contar histórias. E em saber ouvi-las¹⁷⁹. A narração pelos grupos oprimidos do seu sofrimento e da sua sujeição permite não apenas que estes se libertem, pela exposição pública e pela partilha dessa opressão; permite também o despertar da consciência dos grupos sociais dominantes, permite desafiar o *status quo* e a racionalização que do mesmo se foi fazendo ao longo do tempo. Os grupos dominados, observa o autor, sempre contaram histórias, ao longo da sua história. Sob a forma de canção, sob a forma epistolar, através da prosa ou da poesia, sempre sentiram necessidade de verbalizar a sua dor. “Esta proliferação de contra-histórias não é acidental nem é uma coincidência. Os grupos oprimidos souberam instintivamente que as histórias são um instrumento essencial à sua sobrevivência e libertação”¹⁸⁰. E parte desta sobrevivência e desta libertação está na consciencialização gradual que aquelas narrativas podem operar no opressor, contribuindo para a tal metamorfose da estrutura mental.

E nem se diga que esta vocação da narrativa se mostra pertinente apenas no panorama jurídico e jurisprudencial norte-americano. Diferenças históricas, culturais ou geográficas geram, naturalmente, diferentes tipos de assimetria, de desigualdade. Mas estas situações, em si, tendem a gerar idênticos sentimentos e reacções. Podemos arriscar dizer que, no mundo ocidental, aquela estrutura mental de que falávamos tende a metamorfosear-se em obediência a um conjunto de valores, de princípios, de ideais, tendencialmente comum, partilhado. A luta pelo reconhecimento à plena dignidade de diversos grupos sociais historicamente inferiorizados não será nunca um exclusivo de uma nação. Infelizmente, por um lado, e felizmente por outro.

O papel desempenhado no seio do universo jurídico pelas narrativas, pelas histórias, vai, no entanto, muito para além desta sua função de moscardo. Este muito para além não significa, entenda-se, que sejam mais importantes os aspectos que de seguida analisaremos. Significa antes que talvez sejam estruturais à própria natureza do direito.

Não são apenas os grupos oprimidos que contam histórias consequentes para o mundo jurídico. Desde os relatos feitos pelos clientes aos seus advogados até às alegações destes perante o tribunal, passando pelos depoimentos ou declarações de

¹⁷⁹ Cfr., também neste sentido, Kathryn ABRAMS, “Hearing the call of stories”, *California Law Review*, vol. 79, pp. 971 e ss., July, 1991.

¹⁸⁰ Cfr. Richard DELGADO, *op.cit.*, p. 2436.

testemunhas, são vários os momentos narrativos na vida do direito. O modo como os acontecimentos fundamentais a um processo são apresentados parece não conseguir fugir a essa configuração. Não parece demasiado fácil enveredar pela distinção técnica entre história, narrativa ou relato. No seu *Dicionário de retórica, crítica e terminologia literaria*, Angelo Marchese e Joaquín Forradellas admitem precisamente a dificuldade em dar uma definição unívoca de narrativa. Concordam, no entanto, em atribuir-lhe hoje um significado mais amplo do que aquele que tradicionalmente a circunscrevia ao romance e ao conto. As metodologias estruturalistas¹⁸¹ terão contribuído para estender o conceito, que os autores parecem usar indistintamente com o de relato, a todos os textos em que se narra um facto, ou uma sequência de eventos, desde a fábula ao mito, passando pelo poema épico ou pelo romance curto. Quando se referem ao conceito de história, os autores identificam-no, na teoria do relato, com a *fabula* dos formalistas russos, isto é, com o conjunto dos acontecimentos relatados. São noções que, no fundo, estão de acordo com aquilo que o senso comum nos indica como sendo uma história, um relato ou uma narrativa. Para prosseguirmos com o nosso estudo, não precisamos de mais.

Numa descrição impressionante, Judith Levi diz-nos que as histórias são formas de embrulhar ou apresentar os factos da nossa experiência, ou da experiência alheia¹⁸². Ora, esta apresentação de factos tem no direito uma relevância incontestável. Do modo como é levada a cabo, do modo como é conseguida, dependerá as mais das vezes a legitimação e justificação da decisão judicial. E, como observa Anne Moses Stratton,

¹⁸¹ Cfr., sobre o estruturalismo, em geral, Jean-Claude MILNER, *Le périple structural. Figures et paradigmes*, Paris, Seuil, 2002; Patrice MANIGLIER, *La vie énigmatique des signes. Saussure et la naissance du structuralisme*, Paris, Éditions Lés Scheer, 2006; François DOSSE, *Histoire du structuralisme*, Paris, La Découverte, 2 volumes, 1992; Johannes FEHR, *Saussure entre linguistique et sémiologie*, Paris, PUF, 2000; Peter CAWS, *Structuralism. The art of the intelligible*, Atlantic Highlands, Humanities Press International, 1988; John STURROCK, ed., *Structuralism and since. From Lévi-Strauss to Derrida*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Sobre os reflexos do estruturalismo na classificação das histórias juridicamente relevantes, cfr., entre outros, Peter BROOKS, Paul GEWIRTZ, eds., *Law's Stories*; Peter GOODRICH, *Languages of Law. From logics of memory to nomadic masks*; Bernard JACKSON, *Law, fact and narrative coherence*, Liverpool. Deborah Charles Publications, 1988; David KENNEDY, "Critical theory, structuralism and contemporary legal scholarship", *New England Law Review*, vol. 21, pp. 209-289, 1985-1986; Lawrence TRIBE, "Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 108, pp. 1221-1303, April 1995.

¹⁸² Cfr. Judith LEVI / Anne Graffam WALKER eds., *op.cit.*, p. 67.

sempre que alguém reconta factos sobre um acontecimento já passado, essa pessoa é uma contadora de histórias¹⁸³. Lançando mão dos estudos desconstrucionistas de Jacques Derrida, Stratton faz uma interessante leitura da possibilidade de alguma vez reconstruir acontecimentos passados. Uma tarefa que é sistematicamente solicitada aos vários agentes no curso de uma demanda judicial, e que sofre da elementar limitação imposta pelo desfasamento temporal. Se alguma coisa aconteceu, tornou-se passado, história, não deixando senão alguns vestígios, que Derrida designa por cinzas. Cinzas que não são mais do que um pálido reflexo da realidade. Juntar as cinzas, esclarece Stratton, assume a forma de testemunho, em tribunal. É a história que se conta, o relato que se faz do sucedido, dos factos passados. O problema está em que uma história, uma qualquer narrativa, implica, por definição, a existência de escolhas, mais ou menos conscientes. Quando alguém conta uma história, pretendendo relatar algum acontecimento, vai certamente dar preferência a determinados aspectos. Aqueles que mais lhe chamaram a atenção, aqueles que considera mais relevantes. Em função de quê? Em função dos interesses que possa ter num determinado contexto, mas também em função daquilo que é, em função do lugar que ocupa na sociedade, em função da sua formação pessoal e profissional. Nem todos vemos as coisas da mesma forma, e aquilo que uns vêem passa por vezes despercebido a outros. Os acontecimentos são vividos e presenciados com diferentes graus de intensidade, de conhecimento e de perspicácia por parte de quem posteriormente deles vai dar conta. Daí que habitualmente surja um número razoável de versões discrepantes sobre um mesmo facto ou conjunto de factos. É frequente as partes de um processo judicial apresentarem versões bastante diferentes dos mesmos acontecimentos, ao mesmo tempo que as testemunhas contam cada uma sua história. Porque são diferentes os interesses de cada um, porque cada um dá preferência a determinados aspectos, deixando cair outros no esquecimento. A história que cada um conta, é um reflexo de si mesmo¹⁸⁴.

Isto contribui, naturalmente, para alguma da desconfiança com que tem sido encarada a aproximação narrativa ao direito das últimas décadas. Até porque estes

¹⁸³ Cfr. Anne Moses STRATTON, "Courtroom Narrative and Finding of Fact: Reconstructing the Past One (Cinder) Block at a Time", *Quinnipiac Law Review*, vol. 22, pp. 923 e ss., 2004, p. 923.

¹⁸⁴ Mais à frente referir-nos-emos às consequências especificamente jurídicas desta indeterminabilidade. Uma obra, a todos os títulos referencial no que toca a esta indeterminabilidade, é a do realista Jerome FRANK, *Courts on trial. Myth and reality in american justice*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1973.

registos narrativos constituem uma parte fundamental do material sobre o qual o tribunal vai ter que se debruçar para deliberar, para chegar a uma decisão. O objectivo destas narrativas judiciais é, como vimos, o de, na medida do possível, proceder à reconstrução de algum acontecimento ou alguns acontecimentos passados. Aconteceu ou não aconteceu? E se aconteceu, como se passaram as coisas? Neste sentido, as intenções que subjazem a estas narrativas são verdadeiramente probatórias. Pretende-se com elas conseguir fazer prova de que determinados factos se passaram de determinada forma, configurando-se deste modo um particular quadro jurídico¹⁸⁵. Quadro jurídico que permitirá fazer desencadear um conjunto de efeitos ou consequências jurídicas.

Antes que isso suceda, no entanto, todo aquele material de teor narrativo, porventura em conjunto com outros elementos, terá que passar o crivo de um ou mais decisores. Cuidando nós aqui, fundamentalmente, da prática judiciária, aquelas consequências jurídicas deverão ser decretadas por um tribunal, depois de analisado o material carreado para os autos pelas partes envolvidas. Perante aquilo que temos vindo a afirmar, não podemos deixar de nos interrogar quanto à natureza da própria decisão judicial. Tendo um magistrado que tomar decisões oficiais, legítimas e autoritárias, a

¹⁸⁵ Cfr. Um texto extremamente rico em sugestões é o que nos apresenta Lenora LEDWON, “The poetics of evidence: some applications from Law & Literature”, *Quinnipiac Law Review*, vol. 21, pp. 1145 e ss., 2003. Neste trabalho a autora procura reflectir sobre as estreitas afinidades existentes entre o direito probatório e o Direito & Literatura, não só, mas sobretudo ao nível do relevo que a esse propósito assumem as narrativas e o *storytelling*. Entende Ledwon que um elemento de prova é significativo apenas na medida em que encaixe dentro da mais abrangente história que é contada em tribunal. Cfr. *ibidem*, pp. 1149-1150. Ainda nesse sentido, cfr. Eileen A. SCALLEN, “Evidence law as pragmatic legal rhetoric: reconnecting legal scholarship, teaching and ethics”, *Quinnipiac Law Review*, vol. 21, pp. 813 e ss., 2003; José CALVO GONZÁLEZ, “La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde una perspectiva narrativista del Derecho”, in José CALVO GONZÁLEZ, ed., *Implicación Derecho Literatura*, pp. 363-389. Esta é também a posição assumida por Aroso Linhares quando sublinha que “o *literary turn* e o «topos» *direito como literatura* nos importam aqui e agora apenas em função da organização narrativa da «controvérsia» probatória”. Não desvalorizando o autor, de modo algum, o contexto de preservação do postulado *law as literature* de que aquela “parcela” se destaca, nomeadamente a partir da “cumplicidade privilegiada” que estabelece com as sugestões de James Boyd White. Cfr. José Manuel Aroso LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, em especial as pp. 664-694. Sobre a apreciação que faz do contributo de White, e sobre o lugar privilegiado que conclui dever atribuir-se à reconciliação, de linguagens e de mundos, práticos e culturais, ver pp. 722-732.

partir - não apenas, mas quase sempre também - de registos que não podem deixar de ser muito pessoais, conseguirá ele imprimir à sua deliberação um carácter de unicidade e de inevitabilidade? Quanto da sua decisão não é também fruto de escolhas mais ou menos inconscientes, feitas da comparação entre as muitas histórias que ouviu e aquelas que conhece e que o formam enquanto membro situado das várias comunidades a que pertence?

Um aspecto implícito na narratividade inerente à reconstrução factual que tem lugar em grande parte dos processos judiciais, prende-se com a iniludível dificuldade em identificar o facto tal e qual. É o grande drama, ou a máxima virtude, que de certa forma constitui o esqueleto deste trabalho: a informação, seja de que tipo for, a que vamos tendo acesso, tem sempre uma natureza mediada. Há sempre um intermediário, um observador, um intérprete, um relator. Que podemos, que mais não seja, ser nós mesmos. O que, por um lado, significa que toda a observação, interpretação ou relato, obedece a um ponto de partida e a um ponto de vista situados, interessados, por maior imparcialidade que se arrogue. Mais uma vez, não podemos fugir de nós mesmos. Significa, por outro lado, que é difícil referir-nos a factos existentes fora dos relatos que dão conta dos mesmos. Isso mesmo leva Taruffo a afirmar que, no seio do processo, o facto acaba por ser, na realidade, aquilo que acerca do mesmo se diz: tratar-se-á da enunciação de um facto, e não do objecto empírico que é enunciado¹⁸⁶.

Também Bert van Roermund assegura a dado passo, no seu *Derecho, Relato y realidad*, que os factos não existem como tal fora do relato, fora da narrativa que lhes dá vida e que lhes dá forma¹⁸⁷. Levanta-se a questão do *punto de vista*, para o autor um conceito particularmente caro à narratologia¹⁸⁸. Uma noção que, de modo bastante curioso, ele entrelaça com a de representação. À aproximação narrativa ao direito que vai desenvolvendo ao longo do seu trabalho, o autor dá o nome de “interceptação da referência”, ou “hipótese da interceptação”, numa clara alusão ao momento de apreensão e compreensão da realidade¹⁸⁹. A sua crítica centra-se directamente no legalismo, “problema que criámos ter abandonado definitivamente uma vez liquidada a

¹⁸⁶ Cfr. Michele TARUFFO, *La prova dei fatti giuridice*, 1992, trad. esp. Jordi Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 114.

¹⁸⁷ Cfr. Bert van ROERMUND, *Derecho, Relato y realidad*, trad. esp. Hans Lindahl, Madrid, Tecnos, 1997, p. 19.

¹⁸⁸ Cfr. *ibidem*, p. 19.

¹⁸⁹ Cfr. *ibidem*, p. 18.

escola exegética mas que, em forma diferentes, se encontra ainda plenamente activo na teoria jurídica contemporânea”¹⁹⁰, e naquele que considera seu pressuposto fundamental: o representacionalismo¹⁹¹. Isto é, o pressuposto de que o conhecimento mais não é que uma réplica da realidade, uma cópia da mesma. O que van Roermund se propõe fazer nesta obra é relativizar a importância deste momento conceptual, imprescindível ao conhecimento, pela sua articulação com aquela ideia de perspectiva, de ponto de vista, também imprescindível ao acto de conhecer. Na hipótese narrativa que concebe, há uma interceptação da referência à realidade que, não eliminando o momento da representação, põe em causa a existência de representacionalismos. É pois a concessão de um carácter absoluto à representação aquilo que se censura¹⁹².

4. Verdade e “seriedade” das narrativas do Direito

Esta narrativização de uma larga parte do discurso probatório contende também, logicamente, com um dos valores tidos por ingénitos ao processo judicial. Taruffo chama a atenção para a difusão verificada em todas as culturas jurídicas da ideia de que a matéria da prova tem como função nuclear a de estabelecer a verdade dos factos. Os juramentos testemunhais no sentido de assegurar a verdade das declarações, dos depoimentos prestados, sucedem-se, com efeito, nos mais variados ordenamentos jurídicos. Teoricamente, o objectivo último do procedimento judicial é o de alcançar a verdade. É essa que os juízes terão que consagrar na sua declaração final. Resta saber como. Depois do que dissemos em relação à forma de que se revestem as tentativas para levar a cabo a reconstrução dos acontecimentos, a verdade rapidamente assume contornos nietzscheanos, tornando-se uma realidade tão proteica quanto a realidade linguística em que se tenta verter. Se no decurso do processo os factos se vêm a identificar com a enunciação que deles é feita, a verdade dos mesmos factos, como tão

¹⁹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 21.

¹⁹¹ Representacionalismo que o autor considera como paradigma epistemológico predominante não só no actual pensamento jurídico como, provavelmente, no pensamento em geral. Cfr. *ibidem*, p. 18.

¹⁹² “A elaboração epistemológica da hipótese da interceptação demonstrará que alguma forma de representação é, efectivamente, um momento conceptual imprescindível”. Mas com um peso sempre relativo. Cfr. *ibidem*, pp. 18-19.

bem observa Taruffo, passa a ser unicamente “uma forma elíptica para se referir à verdade do enunciado que tem por objecto um facto”¹⁹³. A ponderação que o autor italiano põe na análise que faz sobre a natureza e relevância dos factos no seio do processo judicial, enquanto elementar objecto de prova, parece-nos contrastar com pequenos excessos que comete ao examinar algumas posições doutrinárias que, no seu entender, sustentam a irrelevância judicial da verdade dos factos. Posições doutrinárias que, devidamente assimiladas, nos parecem justificar o entendimento do próprio autor relativamente à questão probatória. Vejamos o que se quer dizer com isto.

As linhas de investigação a que se refere Taruffo são duas, designando-as ele, respectivamente, de retórico-persuasiva e de semiótico-narrativista. Apesar das relações existentes entre ambas, o autor entende ser oportuna uma análise autónoma de cada uma delas. Quanto a nós, de modo bastante artificial. A primeira vertente seria resultado de uma interpretação do processo e dos seus elementos em moldes exclusivamente retóricos, afirmando-se a particular formulação narrativa dos juízos de facto presentes no decurso do processo judicial: “o elemento mais importante é representado pelas narrações (*stories*) dos factos do caso que os advogados apresentam ao juiz”¹⁹⁴. Identificando-se (como faz Taruffo) a retórica com a arte da persuasão, dominada por meros critérios de conveniência e eficácia, a verdade torna-se neste contexto um valor perfeitamente desprezável, já que é válido todo o argumento que serve para convencer alguém de alguma coisa. As finalidades tidas em vista pelos advogados intervenientes num processo judicial, as finalidades tidas em vista pelas próprias partes, são fundamentalmente as de persuadir um ou mais juízes da veracidade das suas histórias; coisa diferente é pretender demonstrar objectivamente a verdade dos factos. Até porque, como muito sugestivamente observa Anne Moses Stratton, “a realidade de uma narrativa judicial é a de que o arguido pode perder dinheiro, reputação ou liberdade se o julgador de facto não acreditar na sua história. Estes altos riscos fornecem um forte incentivo para distorcer factos, contar meias verdades, mentir ou ser muito criativo ao recontar os acontecimentos pertinentes”¹⁹⁵.

¹⁹³ “Os factos materiais existem ou não existem, mas não faz sentido dizer deles que são verdadeiros ou falsos; só os enunciados fácticos podem ser verdadeiros, se se referem a factos materiais sucedidos, ou falsos, se afirmam factos materiais não sucedidos”. Cfr. Michele TARUFFO, *op.cit.*, p. 117.

¹⁹⁴ Cfr. *ibidem*, p. 49.

¹⁹⁵ Cfr. Anne Moses STRATTON, *op.cit.*, p 939.

Antes de continuarmos, permita-se-nos apenas justificar o juízo que antes tecemos quanto ao tratamento autónomo por Taruffo das duas linhas de investigação em causa. O autor identifica a segunda variante com os frutos da aplicação de métodos e modelos semióticos aos problemas jurídicos, com particular privilégio a ser assumido pelos aspectos linguísticos e pela aplicação de modelos narratológicos ao domínio processual. Com o devido respeito por opiniões contrárias, parece-nos bastante difícil, e sempre algo artificial, considerar as duas vertentes em causa, profundamente entrelaçadas que estão uma na outra, de modo autónomo. Claro que é sempre possível acentuar determinada perspectiva, ainda que esta esteja assumidamente dependente de pressupostos que ficam implícitos; ou conduza de modo indefectível a resultados que ficam na sombra. Isso mesmo fazem, quer-nos parecer, Bennett e Feldman¹⁹⁶, e mesmo William Twining¹⁹⁷, autores que Taruffo conota com a primeira variante referida, e Bernard Jackson¹⁹⁸, associado à segunda tendência. As respectivas obras, podendo embora acentuar determinados aspectos de uma dada concepção jurídica, mostram-se pródigas em referências cruzadas à importância dos elementos linguísticos, retóricos e narrativísticos do processo judicial. Por outro lado, além de nos parecer incorrecta a consideração autónoma dos aspectos retórico-persuasivos e semiótico-narrativos de uma mesma realidade jurídica, parece-nos manifestamente excessiva a severidade da censura que o autor italiano dirige àquelas duas posições, acusando-as de proceder, a primeira, a uma “absolutização unilateral e indevida de elementos que existem no processo mas que não o esgotam”¹⁹⁹, e a segunda a uma “simplificação unilateral radicalizada ao ponto de dissolver o objecto de análise”²⁰⁰. Na medida em que não nos parecem sequer autonomizáveis, dificilmente as conseguimos aceitar como absolutizantes. E nem parece ser a ideia que perpassa a bibliografia a esse propósito citada pelo autor, nomeadamente as obras de Bennett e Feldman, de Twining, Danet ou Jackson.

¹⁹⁶ Cfr. W. Lance BENNETT / Martha FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and judgement in American culture*, New Jersey, Rutgers University Press, 1981.

¹⁹⁷ Cfr. William , *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, em particular o cap. 7, “Lawyer’s stories”, pp. 219 e ss..

¹⁹⁸ Cfr. Bernard JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*; *idem*, *Making Sense in Law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995; *idem*, “Interpretation as Professional Practice”, *International Journal for the Semiotics of Law* IV/10, 1991.

¹⁹⁹ Cfr. Michele TARUFFO, *op.cit.*, p. 51.

²⁰⁰ Cfr. *ibidem*, p. 55.

O que é curioso é que o próprio interesse especial que Taruffo manifesta pela análise narratológica do direito judicial, pelas concepções narrativas da construção de sentidos no palco judicial, por aquilo a que Jackson chamaria a narrativização do pragmatismo judicial²⁰¹, leva o autor a concordar com a maioria dos argumentos apresentados nas referidas obras. Reconhecendo que se pode concordar com “a questão óbvia de que no processo se levam a cabo discursos e que nesses discursos os «factos» aparecem principalmente em forma de «narrações sobre os factos»”; reconhecendo também que parece igualmente óbvia a “utilidade de analisar estas narrações com os instrumentos da semiótica e da análise da linguagem, muito mais sofisticados e fecundos que as toscas metodologias que habitualmente empregam os juristas”²⁰², conclui no entanto pela inaceitabilidade da pretensão em tornar essa na única dimensão significativa do problema, numa clara censura às interpretações em causa. A verdade é, no entanto, a de que essa pretensão não parece estar presente em qualquer uma delas. Se pode, efectivamente, surgir um autor ou uma obra com essa pretensão, não nos parece, no entanto, que a vocação globalizante e exclusivista temida por Taruffo inquine estes entendimentos da actividade jurídica, mormente judicial. Aquilo que os autores referidos pelo professor italiano querem deixar bem claro é, quanto a nós, a importância inultrapassável de que para a construção do direito, e para a compreensão do mesmo, se revestem as formas narrativas. Formas narrativas que constituem interpretações da realidade que é matéria-prima do direito. Que constituem, como afirmam a dada altura Bennett e Feldman, “versões encapsuladas da realidade”²⁰³, histórias que são reconstruções simbólicas dos acontecimentos e das acções. E se estas histórias permitem ter acesso e compreender muita da realidade, nomeadamente a realidade humana, sobre a qual o direito vai actuar, como nos mostraram, entre outros, Delgado e Stefancic, não deixa de haver um reverso da medalha, para o qual Bennett e Feldman repetidamente chamam a atenção. As narrativas constituem uma poderosa categoria que permite ao ser humano organizar e conhecer a realidade. Que permite aos grupos política e socialmente desfavorecidos fazer-se ouvir e contar a sua versão. Que permite às partes de um processo judicial levar para os autos material que o tribunal irá apreciar.

²⁰¹ Cfr. Bernard JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, pp. 33 e ss..

²⁰² “Noutros termos”, reconhece o próprio, “não há dúvidas que no problema do juízo sobre o facto, uma vez inserido na dinâmica do processo, existe uma interessante e relevante dimensão semiótico-linguística”. Cfr. Michele TARUFFO, *op.cit.*, p. 55.

²⁰³ Cfr. W. L. BENNETT / M. FELDMAN, *op.cit.*, p. 37.

Está em vantagem, pois, quem melhor dominar as técnicas narrativas, independentemente da justeza das suas pretensões ou da verdade das suas histórias. Os melhores contadores de histórias, capazes de construir uma narrativa que melhor se adequa às narrativas que compõem o universo do ouvinte/decisor, terão certamente maior probabilidade de ser ouvidos. O que significa que, tal como afirmam os dois autores, alguns indivíduos e grupos sociais se podem tornar vítimas dos processos de justiça simplesmente porque não partilham os estilos de comunicação e de pensamento utilizados pelos segmentos dominantes da população²⁰⁴. Para serem aceites como tais por quem de direito, as histórias verdadeiras têm que parecer verdadeiras²⁰⁵. No Direito, como tivemos já oportunidade de afirmar, vence quem convence. Ou, nas palavras de Peter Brooks, a condenação (*conviction*) judicial resulta da convicção (*conviction*) criada naqueles que julgam a história²⁰⁶. Enquanto Anne Moses Stratton nos alerta para a existência de contadores profissionais de histórias, e para o facto de estes nem sempre estarem a contar a verdade²⁰⁷, não podemos igualmente esquecer a sugestiva

²⁰⁴ “A inabilidade para produzir uma história convencional deixaria vulneráveis alguns indivíduos, rejeitando-lhes relatos verdadeiros das suas acções”. Além de que, “mesmo a construção de uma história coerente não pode garantir um resultado justo, se o contador e a audiência não partilharem as normas, experiências e valorações necessárias para traçar relações entre os elementos da história. Pessoas que tenham diferentes entendimentos sobre a sociedade e as suas normas podem discordar sobretudo quanto à plausibilidade da história”. Cfr. W. L. BENNETT / M. FELDMAN, *op.cit.*, p. 171.

²⁰⁵ Na introdução com que apresentam *The Rhetoric of Law*, Austin Sarat e Thomas Kearns mostram-se cientes da ameaça que podem representar as íntimas ligações do Direito com a linguagem e com a literatura, na medida em que expõem os aspectos menos escrupulosos das eventuais manipulações das operações jurídicas. É o que pode acontecer com advogados que hipnotizam os seus ouvintes com o som, menos do que com a substância, das suas palavras. Estas são ligações, por outro lado, que tornam manifesta a dúvida sobre as tradicionais determinabilidade e objectividade dos conhecimentos jurídicos. Cfr. Austin SARAT/Thomas KEARNS, eds., “Editorial Introduction”, in *The Rhetoric of Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1994, pp. 1-27.

²⁰⁶ Cfr. Peter BROOKS, “Narrativity of the law”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 14, pp. 1 e ss., Spring, 2002, p. 2.

²⁰⁷ Assim, Stratton não esconde o facto de o seu texto se destinar a encorajar todos aqueles a quem compete a regulação e administração do processo em tribunal, para terem consciência de que são influenciados pelo melhor contador de histórias, armado com a história mais verosímil! “Temos que aceitar o facto de que todos os dias se contam histórias em tribunal, e de que o melhor contador pode obter a nossa atenção, mas que contadores de histórias profissionais nem sempre estão a contar a verdade”. Cfr. Anne Moses STRATTON, *op.cit.*, p. 926.

caracterização que o juiz Posner apresenta dos advogados, como equivoquistas profissionais²⁰⁸.

Com estas reservas presentes, levanta-se o véu sobre uma outra questão. Será aceitável permitir que os interesses do cliente se sobreponham ao dever de verdade que supostamente impera num tribunal?²⁰⁹ Será evitável que isso aconteça? Deveria porventura haver alguma espécie de limite? O facto é que não devemos, nem podemos, escamotear certas realidades. A história é, como nos advertem desde há muito escritores e filósofos, um autêntico camaleão moral, “que pode ser utilizado para promover a melhor como a pior causa”²¹⁰. Brooks afirma por diversas vezes que em si mesma a história não é nunca inocente, não é nunca neutra, na medida em que sempre tenta induzir um determinado ponto de vista. Sempre nos tenta convencer de alguma coisa. Talvez preferíssemos dizer que a história, em si mesma, constitui um formato no qual podem caber as melhores como as piores intenções; um formato passível dos melhores e dos piores usos. Acima de tudo, aquilo que devemos ter presente é que se trata de um formato largamente utilizado em várias fases do processo judicial²¹¹. Enquanto

²⁰⁸ Cfr. Richard POSNER, *Law and Literature*, p. 369. Pondo em evidência os perigos em que incorre a prática judicial pelo relevo que nela assume esta dimensão narrativa – tornando a coerência externa critério apto a legitimar uma reconstrução factual -, cfr. Jonathan YOVEL, “Running backs, wolves, and other fatalities: how manipulations of narrative coherence in legal opinions marginalize violent death”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 16, pp. 127 e ss., Spring, 2004, *max.* pp. 145-151. Ver também Stephan LANDSMAN, “The perils of courtroom stories”, *Michigan Law Review*, vol. 98, pp. 2154 e ss., May, 2000; Jane E. LARSON, “«A good story» and «the real story»”, *John Marshall Law Review*, vol. 34, pp. 181 e ss., Fall, 2000.

²⁰⁹ Num artigo que parece pautar-se por uma certa ingenuidade, Stephen Safranek destaca a importância do valor da verdade para o exercício da actividade judicial. Referindo-se aos diferentes contornos que a mesma assume no desempenho de três participantes críticos do sistema jurídico – clientes, advogados e juízes -, encara a verdade como o veículo crucial através do qual será possível alcançar os fundamentais objectivos do mesmo sistema: justiça, definitividade e previsibilidade. Isto, independentemente do actual descrédito em que se vê cair o valor da verdade judicial, entre a classe dos juristas e entre o público em geral. Cfr. Stephen SAFRANEK, “The legal obligation of clients, lawyers and judges to tell the truth”, *Idaho Law Review*, n. 34, pp. 345 e ss., 1997.

²¹⁰ Cfr. Peter BROOKS, “The law as narrative and rhetoric”, in P.BROOKS / P. GEWIRTZ, *op.cit.*, pp. 14-22.

²¹¹ “O processo jurídico está organizado em torno da narrativa quer queiramos quer não... Parece que nenhuma dessas restrições é suficientemente potente para evitar que a força da narrativa se manifeste. A experiência humana é, numa larga medida, uma experiência narrativa. Pode não ser um exagero chamar os seres humanos de *homo fabulans*, que permanecem criaturas contadoras e buscadoras de histórias

reverência a ambição manifestada por Anthony Amsterdam e Jerome Bruner no seu *Minding the Law*, nomeadamente quando os autores afirmam que “o direito vive na narrativa”²¹², Brooks censura o movimento do “storytelling for oppositionists” por não ter conseguido reconhecer a omnipresença da narrativa em todo o direito²¹³.

Ainda que sem admitir esta omnipresença, marcados que somos pela pertença a um sistema jurídico legal e, sobretudo, legalista, temos no entanto que reconhecer a indefectível presença de processos narrativos no seio do procedimento judicial. Processos narrativos que são de elementar importância para os processos de decisão e para os próprios resultados das decisões. “Idealmente”, observa provocadoramente Moses Stratton, “aqueles envolvidos no sistema judicial procuram a verdade. Realisticamente, procuram uma narrativa que faça sentido”²¹⁴. Por mais que ao longo dos tempos esta realidade se tenha tentado camuflar. O que talvez seja até natural. Não apenas face a determinadas concepções jurídicas, como a oitocentista, de que porventura somos ainda largamente tributários, mas pela própria necessidade de segurança e de certeza que enquanto seres humanos não conseguimos deixar de sentir. A dogmática jurídica pode permitir sistematizar e organizar um ordenamento jurídico, mas não permite compreendê-lo; o funcionamento do silogismo judiciário torna-se no mínimo um processo altamente misterioso quando se pensa no modo como invariavelmente a prova judicial dos factos acontece.

Por mais obscurecida ou camuflada que tenha sido ao longo dos tempos a presença judicial das narrativas, ela é uma realidade. E uma realidade que se pode revelar extremamente útil para a compreensão do Direito. O que esta presença judicial das narrativas implica é uma forte problematização da ideia da verdade dos factos. Da verdade judicial. Uma problematização que se estende inevitavelmente ao carácter

quando se envolvem com o direito”. Cfr. Shulamit ALMOG, “As I read, I weep – In praise of judicial narrative”, *Oklahoma City University Law Review*, vol. 26, pp. 471 e ss., Summer 2001, p. 490.

²¹² Cfr. Anthony AMSTERDAM / Jerome BRUNER, *Minding the Law. How courts rely on storytelling, and how their stories change the ways we understand the law – and ourselves*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, p. 110.

²¹³ Cfr. Peter BROOKS, “Narrativity of the law”, *op.cit.*, p. 2. Brooks critica, em primeiro lugar, o facto de o movimento em causa ter oferecido uma visão um tanto ou quanto ingénua do valor das narrativas, examinando-as sempre do lado positivo da balança. Vendo-as sempre enquanto “instrumentos” ao serviço das boas causa. E, por outro lado, aponta o dedo a uma incompleta enumeração dos diferentes estratos do processo jurídico em que as narrativas desempenham papel de relevo.

²¹⁴ Cfr. Anne Moses STRATTON, *op.cit.*, p. 946.

necessário e único da decisão judicial. A legitimidade e autoridade desta são postas em causa. Esta é verdadeiramente a razão que, quanto a nós, tem levado amplos sectores da doutrina a contrariar a ideia da irrecusável presença de registos narrativos na prática judiciária. A narrativização do discurso judiciário, ou melhor, a consciencialização dessa imperiosa presença narrativa, traz à luz do dia a natureza contingente das tradicionais certezas de que o mesmo se julgava portador. Não é que se trate de aspectos propriamente novos, mas o desenvolvimento que da narrativa é feito por Amsterdam e Bruner na obra antes referida realça características da mesma que permitem considerá-la um elemento fundamental para a compreensão do pensamento jurídico e judiciário. A narrativa é um espaço em que a alternativa é sempre uma possibilidade, na medida em que, como já vimos, é sempre fruto de escolhas, de selecções. A sua análise no plano judiciário pretende expor a fragilidade de versões autoritárias, dos acontecimentos e do próprio Direito. Nomeadamente das versões que são avançadas pelos próprios magistrados. Com efeito, como é que os juízes chegam às suas decisões? Matematicamente, somando factos e direito? Sente-se o suspiro exalado pelos dois autores antes mencionados quando se referem a “aquilo que no processo os advogados chamam (com uma simplicidade confiante que é verdadeiramente espantosa se pensarmos em quão misterioso é tal processo) «aplicar o direito aos factos»”²¹⁵. Neste momento, ocupamo-nos sobretudo da obtenção/reconstrução destes últimos, sem cuidar dos igualmente misteriosos processos que nos poderão (ou não) permitir aceder ao direito. Mas se os factos, as acções, os acontecimentos, forem tidos como parte inevitável da decisão judicial, os dados estão lançados. Calvo González vê o magistrado como o narrador da verdade judicial. Aquele a quem compete produzir o ajuste narrativo entre as várias versões de parte, sem por isso estar ele mesmo investido de um maior mérito narrativo. Sem por isso se desobrigar do dever de verdade, mas também sem por isso ser capaz de ultrapassar a verdade possível que é a verdade judicial²¹⁶.

²¹⁵ Um desabafo que, ainda que tenha por concreto objecto os procedimentos judiciais característicos da tradição anglo-americana da *common law*, não deixa de ser aplicável aos nossos ordenamentos jurídicos continentais, de tradição civilística. Cfr. Anthony AMSTERDAM / Jerome BRUNER, *op.cit.*, p. 12.

²¹⁶ “A crítica narrativista do Direito defende que a teoria do processo judicial serve para mostrar como conservando a vontade para conhecer a verdade, d(o)e facto e d(o)e direito, também a verdade se inventa”. Cfr. “La Verdad de la Verdad Judicial”, in José CALVO GONZÁLEZ, coord., *Verdad (Narración) Justicia*, Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, 1998, p. 38.

Um dos méritos de Amsterdam e Bruner é o de, ao introduzir no domínio jurídico a importância das estruturas narrativas, chamar a atenção para a possibilidade, sempre presente, da existência de narrativas conflitantes, de histórias alternativas. E, nessa medida, o mérito é o de sublinhar a existência em cada narrativa de escolhas, de preferências, de convicções. Implicado vai o reconhecimento daquele espaço que mais tarde, num contexto relacionado, eles vêm a designar de espaço noético: um espaço aberto pela narrativização do discurso à força da imaginação, incessante criadora de espaços alternativos²¹⁷. O contexto relacionado a que nos referimos é o contexto da cultura e da sua dialecticidade, que os autores vêm como fundamental influência na determinação dos procedimentos e, sobretudo, das narrativas jurídicas.

Esta é, no entender de Susan Bandes, a mais forte das principais reivindicações dos autores ao pretenderem enriquecer a nossa compreensão do Direito a partir da teoria narrativa: a estrutura interna da narrativa habilita-a a justificar as decisões jurídicas²¹⁸. Dizem-no expressamente Amsterdam e Bruner, depois de afirmarem que a narrativa proporciona justificações humana e culturalmente compreensíveis para as decisões que tomamos em obediência a princípios. É através da narrativa, no seu entender, e não através de uma qualquer argumentação impecável e impessoal, “retirada de preceitos primeiros”, que mostramos como ou porque é que um determinado caso deve ser julgado do modo como o julgamos. A estrutura própria da narrativa torna-a apta a desempenhar essa tarefa²¹⁹. Bandes censura o facto de os autores não terem devidamente explorado o significado desta estrutura própria da narrativa. Teria sido útil, observa, que tivessem esclarecido em que sentido é que a estrutura inerente à narrativa a

²¹⁷ Os autores falam, concretamente, num espaço noético cultural, enquanto espaço imaginativo em que cada cultura pode encontrar alternativas à actual. Esclarecem a origem do termo no grego clássico, onde *nous* identifica uma realidade em que cabem não apenas as deliberações da mente racional mas também os seus apetites e afeições. Aquilo a que um filósofo moderno, acrescentam Amsterdam e Bruner, poderia chamar os estados intencionais do pensamento, tais como crenças, desejos, sentimentos, esperanças ou intenções. Tudo aquilo que incita a mente e a imaginação, e sem o qual uma cultura não pode existir. Cfr. Anthony AMSTERDAM/Jerome BRUNER, *op.cit.*, pp. 237-238.

²¹⁸ Cfr. Susan BANDES, “Review essay: searching for worlds beyond the canon: narrative, rhetoric and legal change: Anthony Amsterdam and Jerome Bruner. Minding the law”, *Law & Social inquiry*, vol. 28, pp. 271 e ss., Winter 2003, p. 280.

²¹⁹ Cfr. Anthony AMSTERDAM/Jerome BRUNER, *op.cit.*, pp. 141; Peter BROOKS, “«Inevitable discovery»- Law, narrative, retrospectivity”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 15, pp. 71 e ss., Winter, 2003.

torna apta para justificar as decisões jurídicas. Ou em que sentido é que a perspectiva da jurisprudência como narrativa nos pode ajudar a avaliar essas decisões. Ou, por fim, se fazendo essa análise, esse estudo, ficamos mais perto de alcançar a justiça, e se essa pretensão se perfila no horizonte dos autores. Bandes acaba por reconhecer que talvez a pretensão dos autores seja mais humilde, traduzindo-se na proposta de mostrar a narrativa como um espaço que sempre comporta a possibilidade da diferença, e que nessa medida coloca o leitor cara-a-cara com as noções de escolha, de indeterminação e de contingência. Uma pretensão que, no entender de Bandes, é tanto mais débil quanto nas narrativas jurídicas, ao contrário do que sucede com as literárias, se exige uma conclusão, uma resolução autoritária²²⁰. Ainda que os próprios narradores judiciais, nomeadamente aqueles a quem compete narrar a decisão do pleito, tentem a todo o custo ocultar essa natureza opcional, e logo, contingente, das suas decisões²²¹. Perante esta caracterização da narrativa, observa Bandes, “uma sentença judicial, por exemplo, cujo raciocínio e construção podem, à primeira vista, parecer inexoráveis, conduzindo ao único resultado possível, pode ser exposta como parcial, uma escolha narrativa entre outras, produto de uma perspectiva, de circunstâncias, de molduras interpretativas”²²². Ainda que os seus relatores adoptem aquela que Robert Ferguson designou de “retórica da inevitabilidade”²²³, e se auto-convençam dessa ausência de possibilidades alternativas. E isto porque, naturalmente, a aura de autoridade e inevitabilidade é conseguida largamente pela própria recusa em reconhecer perspectivas alternativas. Não admira que haja uma certa rejeição de aproximações narrativistas.

²²⁰ Cfr. Susan BANDES, *op.cit.*, pp. 280-281.

²²¹ “Nem os advogados nem os juizes”, observa Jerome Bruner, “gostam de ser cumprimentados como grandes contadores de histórias”. Trabalham muito para tornar as suas histórias jurídicas o menos parecidas possível com histórias, o mais anti-história possível: “factuais, logicamente evidentes, hostis à fantasia, respeitadas do vulgar, aparentemente por talhar”. Cfr. Jerome Bruner, *Making Stories. Law, literature, life*. New York, Farrar, Straus and Giroux, 2002, p. 48. Shulamit Almog, por seu turno, termina o texto a que nos temos vindo a referir com um desabafo curioso: “os juizes são os contadores de histórias «oficiais» na existência humana contemporânea. No dealbar do 3.º milénio, as suas histórias, por vezes, ganham mais vasta dispersão e maior «cotação» do que qualquer outra história”. Basta abrir um jornal ou ligar uma televisão, acrescentamos nós. Cfr. Shulamit ALMOG, *op.cit.*, p. 501.

²²² Cfr. Susan BANDES, *op.cit.*, p. 276.

²²³ Cfr. Robert FERGUSON, “The judicial opinion as literary genre”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 2, pp. 201 – 19, 1990, *apud* Susan Bandes, *op.cit.*, p. 281.

Perante a desconfiança com que alguma doutrina recebeu esta concepção narratológica, Bert van Roermund confirma com a sua experiência o facto de a simples referência à narrativa irritar os juristas. “Não é a «narrativa» o enésimo adjectivo para qualificar um momento passageiro no desfile das perspectivas «tópica», «retórica», «semiótica» e «hermenêutica»? Ao que acresce a própria palavra «narrativa», que o dicionário associa com expressões tais como «fábula», «epopeia», «mito», «parábola», «anedota» e «piada»²²⁴. A verdade é que o próprio autor se mostra capaz de ultrapassar essa desconfiança, em certos casos motivada por um entendimento menos correcto do alcance destas aproximações narrativas à ciência jurídica, outras vezes, diga-se em abono da verdade, fruto de eventuais excessos em que caem autores seduzidos por essas perspectivas. Afirmar que, em certo sentido – aquele a que nos temos vindo a referir - , o direito envolve o contar de histórias, não é terrivelmente controverso. A ideia de que as decisões judiciais, ou o próprio direito, na sua positiva normatividade, mais não são do que histórias, já suscita mais controvérsia, como reconhecem Jane Baron e Julia Epstein²²⁵. Até pela gravidade das consequências que uma sentença judicial pode representar para as partes envolvidas. E pelos meios de que dispõe para obrigar ao cumprimento das suas disposições.

O que se pretende, no entanto, não é de modo algum afirmar a natureza narrativa de todo o direito, nem muito menos retirar desta aproximação narrativa à ciência jurídica uma qualquer espécie de teoria geral aplicável à mesma. Não se trata de reinventar o direito, substituindo o domínio da lógica e da racionalidade pelo plurissignificativo solo narrativo. Aqui reside talvez outro dos erros em que porventura poderão ter caído alguns simpatizantes da jurisprudência narrativa: o de terem tentado afastar o *storytelling* da razão, aproximando-o estruturalmente do reino da emoção,

²²⁴ Cfr. Bert van ROERMUND, *op.cit.*, p. 11.

²²⁵ Cfr. Jane BARON / Julia EPSTEIN, “Is law narrative?”, p. 143. No entender das autoras, grande parte da controvérsia se resolveria se houvesse uma adequada compreensão e delimitação dos sentidos dos vocábulos que os juristas “importaram” do domínio da crítica literária. Se termos como “desconstrução” ou “estruturalismo” foram sujeitos a minuciosas análises e tratamento, muito do vocabulário crítico-literário mais elementar foi aceite e assimilado como sendo claro e evidente em si mesmo. Para Baron e Epstein, o conseqüente uso indisciplinado de termos como “história”, “retórica” ou “narrativa”, sem consciência da respectiva complexidade lexical, promove a confusão e os exageros nas pretensões, positivas e negativas, que sobre a importância do *legal storytelling* se vão manifestando.

quando afinal, como nos mostram Baron e Epstein, “a razão, tanto como a emoção, controla o domínio das histórias”²²⁶.

O relevo assumido pela narrativa nos vários percursos da vida do direito revela-se com particular incidência, como vimos, nos momentos que envolvem a reconstrução de factos acontecidos com anterioridade²²⁷. A própria decisão que um juiz elabora, depois de analisar todos os elementos do processo, pode ser encarada como um relato, uma narrativa, em que, no fundo, se edita a história que para o magistrado acabou por fazer mais sentido. Uma história dotada da autoridade de que o mesmo magistrado está investido, que pode ser implementada com recurso a meios coercivos, que se reveste para os sujeitos envolvidos de consequências tantas vezes dramáticas. Mas que, bem vistas as coisas, pode continuar a ser encarada como uma história. O objectivo da reconstrução dos acontecimentos que se tenta levar a cabo em tribunal, ou, o que é o mesmo, o objectivo das histórias que circulam no seio de um processo judicial, é o de provar o que efectivamente possa ter sucedido. Ou talvez não, se pensarmos na crítica de Brooks ao entendimento por Delgado das narrativas como instrumentos ao serviço das boas causa. Muitas são as vezes em que as histórias mais bem construídas e mais bem representadas em tribunal visam precisamente o contrário de apurar aquilo que “efectivamente possa ter acontecido”.

Ainda assim, parece-nos que aqui estão implícitas duas ideias importantes. A narrativização do discurso ou discursos judiciários, embora justifique as noções da verdade como coerência, não elimina de modo absoluto a oportunidade de propostas referencialistas. Há um fundo referencial que tem que ser descortinado por entre a coerência e plausibilidade narrativas. Um outro elemento que permite aprofundar toda esta concepção é a ideia de que os factos, de que se ensaia a reconstrução judicial, são eles próprios fruto de alguma determinação jurídica. É o direito que determina o que são factos relevantes no âmbito e para os objectivos do processo judicial. As narrativas relevantes, e o próprio modo em que vêm a ser contadas no decurso do processo, têm que obedecer às regras, à lógica de um particular universo jurídico. O que torna ainda mais complexa a noção de verdade judicial. Uma verdade que tem que ser procurada nos enunciados, e que muitos vêem como meramente discursiva, necessariamente

²²⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 145-146.

²²⁷ Safranek observa que, se o esforço para dizer a verdade na prática judiciária se realiza essencialmente através da palavra, e se as palavras são usadas para descrever acontecimentos pretéritos, a história (narrativa) jurídica tem uma natureza essencialmente histórica. Cfr. Stephen SAFRANEK, *op.cit.*, p. 349.

limitada à coerência interna do discurso. É aliás um dos receios manifestados por Taruffo quando analisa as teses retóricas e narrativistas; receios que o levam, nomeadamente, a simpatizar com a concepção semântica da verdade de Tarski, com a qual consegue manter os pés assentes na referencialidade²²⁸. Mas a verdade é que o próprio MacCormick, talvez o grande responsável pela introdução da ideia de coerência narrativa na descoberta ou, melhor dizendo, na reconstrução judicial dos factos, procura pôr-se à margem da velha querela entre teorias da verdade como correspondência ou coerência. Sugerindo o teste da coerência do relato como o único capaz de permitir a avaliação da matéria probatória relativa a acontecimentos passados, em que se torna impossível a prova directa mediante uma percepção imediata, MacCormick entende estarmos aqui longe da tradicional noção de verdade²²⁹.

5. A narrativização do pragmatismo judicial e a retórica do discurso jurídico. Percursos históricos e jurídico-pragmáticos

Isto traz-nos à segunda noção importante a que antes nos referíamos. Num texto em que procura analisar e nortear os muitos fluxos narrativos que identifica na *praxis* judicial, Shulamit Almog assume como ponto de partida a contínua tensão entre as numerosas e complexas questões levantadas pela distância existente entre a função do texto judicial enquanto acto normativo público e a sua dimensão privada, expressa num catálogo de criativas escolhas pessoais²³⁰. A esta tensão nos temos vindo a referir com a necessidade de camuflar a presença narrativa sobretudo a nível das decisões judiciais.

²²⁸ Cfr. Michele TARUFFO, *op.cit.*, p. 59 e pp. 169 e ss.

²²⁹ “Em termos da velha disputa entre teorias da «correspondência» e da «coerência», parece muito mais satisfatório definir afirmações verdadeiras como sendo aquelas que correspondem a uma realidade cuja existência é independente da afirmação. Claro que apenas no caso de particulares afirmações no tempo presente é que podemos verificar, confirmando, se existe uma tal correspondência (...). Nos outros casos, só dispomos do teste menos conclusivo que é proporcionado pela procura de uma história coerente da qual algumas partes podem ser directamente confirmadas pela correspondência com particulares realidades presentes”. Cfr. Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp.90 e ss..

²³⁰ Cfr. Shulamit ALMOG, *op.cit.*, p. 474.

Mostrámos como essa presença problematiza instâncias como as da verdade, da autoridade, da legitimidade. Pode infundir falta de confiança e de segurança no próprio funcionamento dos meios judiciais. Mas ela vem expor sem sombra de dúvida a natureza argumentativa não apenas das várias versões conflituantes surgidas no decurso de qualquer contenda judicial, como das próprias decisões que vão pondo termo às diversas fases processuais. Não são apenas as partes interessadas as que têm que convencer o tribunal da justeza das suas pretensões; também o próprio tribunal tem que persuadir os destinatários da decisão do conteúdo inevitável da mesma. Destinatários que são não apenas os intervenientes do concreto processo, mas sim todos os potenciais intervenientes num processo judicial, que têm que ficar convencidos de que aquela era, verdadeiramente, a única solução possível para aquela situação de facto à luz de um concreto ordenamento jurídico. Dito de outro modo, *a narrativização do pragmatismo judicial permite expor a natureza marcadamente retórica das instâncias judiciais*²³¹. Não apenas pela necessidade constatada de convencer alguém de alguma coisa através de um discurso persuasivo, mas pela própria natureza das situações discutidas, reportadas a um tempo anterior. É esse elemento que implica a presença de relatos, de histórias, numa tentativa de levar a cabo a reconstituição de factos passados. É esse elemento que despoleta a já referida problematização da tradicional noção de verdade. Uma verdade que deixa de ser aferida por critérios de absoluta correspondência e que passa agora por noções de coerência. Uma verdade que se concebe agora mais como verosimilhança e plausibilidade do que como efectiva realidade. Como pode ser de outro modo?

Sendo já de si uma noção muito complexa, a noção de verdade com que se joga no contexto judiciário assume contornos muito particulares. Desde logo em virtude da relevância assumida pelos aspectos processuais, que limitam quem a deve esclarecer, quando e de que modo o deve fazer, em que termos o pode fazer. Fala-se em verdade do processo. Aquela que é possível alcançar no seio deste e através das regras próprias do mesmo. Mas não é só por se desenvolver neste contexto processual que a noção de verdade judicial é equívoca. Referimos antes a necessidade da verdade contada em juízo ter que parecer verdadeira para ser acreditada por quem de direito. Não deixa de ser

²³¹ Cfr., entre outros, James R. ELKINS, “The quest for meaning: narrative accounts of legal education”, in David Ray PAPKE, *op.cit.*, pp. 10-29; Douglas MAYNARD, “Narratives and narrative structure in plea bargaining”, in *ibidem*, pp. 102-131; José CALVO GONZÁLEZ, *La justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Ágora, 1996; pp. 46-49, *passim*.

estranho que a verdade possa não ser tida em conta judicialmente pelo simples facto de não ser verosímil. Verifica-se a este propósito uma curiosa implicação. Dissemos antes que o contacto com um certo leque de obras literárias poderia dotar os juristas de uma imaginação empática capaz de lhes permitir entender as vicissitudes humanas e físicas dos complexos processos judiciais em que estivessem envolvidos. Ao reconhecermos que as narrativas levadas a tribunal pelas partes, pelas testemunhas, pelos advogados, têm em primeiro lugar que ser coerentes, verosímeis, plausíveis, estamos talvez a pactuar excessivamente com a identificação do direito com a literatura. Não é só a nível de resultados que as narrativas literárias diferem das judiciais. Autores como Dershowitz e como Gewirtz apontam o dedo a esta excessiva aproximação, que faz por vezes esquecer que na vida, ao contrário do que sucede na literatura, as coincidências acontecem, o inverosímil é verídico, e o inexplicável faz parte do real²³². Estarmos demasiado próximos do cânone literário pode porventura induzir-nos em erro, impedindo-nos de aceitar a vida como ela é, com todas as suas pontas soltas e todas as suas inconsequências. Mas pode também jogar noutro sentido, como adverte Austin Sarat. O domínio de técnicas literárias, como a narração ou a destreza retórica, podem-nos ajudar a mostrar como verosímil aquilo que é verdadeiro, mas que de outra forma dificilmente seria aceite como tal²³³. O que mostra como a retórica é uma via de dois sentidos, nem boa nem má em si mesma, mas apenas de acordo com as utilizações que dela forem feitas²³⁴. De um modo ou de outro, servindo para fazer o falso soar a verdadeiro, o verdadeiro a falso, ou o verdadeiro a verosímil, a retórica sempre terá que se ver como uma arte que vai muito para além da utilização discursiva de figuras de estilo. Uma imagem que, até certo ponto, perdura ainda nos nossos dias²³⁵.

Muito se tem dito e escrito sobre o estreito vínculo que une a realidade jurídica ao universo da retórica. Nada de mais natural, dados os contornos jurídicos que terão marcado o próprio nascimento da retórica. Embora sem pretender proceder aqui a uma análise das vicissitudes históricas que os estudos retóricos foram atravessando desde as suas origens, a verdade é que um pouco dessa história tem também que ser contado.

²³² Cfr. Alan DERSHOWITZ, “Life Is Not a Dramatic Narrative”, in Peter BROOKS, Paul GEWIRTZ, eds., *op. cit.*, pp. 99 e ss.; Cfr. Paul GEWIRTZ, “Narrative and Rhetoric in the Law” in Peter BROOKS / Paul GEWIRTZ, *op. cit.*, p. 4.

²³³ Cfr. Austin SARAT/Thomas KEARNS, eds., *op.cit.*, pp. 3 e ss..

²³⁴ Como, de resto, sucede com as próprias narrativas.

²³⁵ Cfr. José CALVO GONZÁLEZ, *op.cit.*, pp. 64-65.

Aquilo que hoje se pensa e se diz da retórica, nomeadamente na sua relação com o direito, está de tal forma marcado por essa história que, ignorá-la, pode prejudicar a compreensão da real importância que lhe reconhecemos no seio dos estudos jurídicos.

Reza a tradição, recolhida por mestres como Aristóteles, Cícero ou Quintiliano, que a retórica terá nascido na Sicília, entre os anos de 471 e 463 a.C., por ocasião da revolta contra a tirania de Trasíbulo. Enquanto no poder, entre outros actos ilegais, os dois antecessores de Trasíbulo, os tiranos Gelão e Gerão, haviam procedido a uma massiva expropriação de terrenos particulares com o objectivo de com os mesmos recompensar os soldados mercenários. Era agora necessário reivindicar e redistribuir as propriedades outrora confiscadas. Inclinados por natureza à argumentação e às contendas judiciais, como nos diz Mortara Garavelli, aos litigantes só faltavam métodos e técnicas mais apropriados²³⁶. Estas viriam a ser desenvolvidas por Córax e pelo seu discípulo Tísias, que se propõem ajudar os cidadãos outrora despojados dos seus bens a defender judicialmente as suas demandas, e que ficarão assim para a história como os fundadores da retórica²³⁷. Aos dois mestres é atribuída a teoria segundo a qual a aparência de verdade pesa mais do que o ser verdadeiro, pelo que a procura sistemática de provas e o estudo das técnicas mais aptas a demonstrar a verosimilhança de uma tese se tornam fundamentais no desenrolar do discurso argumentativo. “Naquela situação”, dizem-nos José Antonio Hernández Guerrero e M.^a del Cármen García Tejera, “ao não ser possível apresentar provas documentais para demonstrar a veracidade das reclamações, os discursos tiveram que se apoiar em argumentos de probabilidade e verosimilhança. O princípio fundamental era o seguinte: mais vale o que parece verdade do que aquilo que é verdade. A «verdade» que não é crível

²³⁶ Cfr. Bice Mortara GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, Studi Bompiani, 1988, pp. 17 e ss.; Brian VICKERS, *In defence of rhetoric*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 6 e ss.; David PUJANTE, *Manual de retórica*, Madrid, Editorial Castalia, 2003, pp. 37 e ss..

²³⁷ Contemporânea desta retórica argumentativa terá sido uma retórica baseada nas emoções, ou retórica psicagógica. Esta, de origem pitagórica, tentava convencer os ouvintes da verosimilhança de um dado argumento tirando partido do encantamento que a palavra sabiamente manipulada podia exercer sobre os ouvintes. Nesta linha se movia Empédocles de Agrigento, filósofo com fama de mago, segundo nos diz Garavelli, e que, numa certa tradição, a que o próprio Aristóteles virá a dar crédito, é tido como verdadeiro fundador da retórica. Cfr. Mortara GARAVELLI, *op. cit.*, p. 18; D. PUJANTE, *op.cit.*, pp. 37 e ss..

difícilmente é aceite”²³⁸. Num princípio, pois, como explica David Pujante, a retórica identificar-se-ia com este conjunto de técnicas discursivas conducentes a argumentar com verosimilhança, cuja necessidade surge assim num contexto eminentemente pragmático²³⁹.

Embora pouco se conheça sobre o ensino concreto da retórica levado a cabo por estes dois mestres, sabe-se que incluía um rudimentar bosquejo da estrutura de um discurso, apresentando Córax uma possível divisão das partes do discurso judicial, enquanto se atribui a Tísias a definição de retórico como o artífice da persuasão²⁴⁰. De técnica persuasiva do discurso, necessidade pragmática de patente utilidade social²⁴¹, a retórica transforma-se, nas mãos dos sofistas, e por acção dos sofistas, num elementar instrumento da própria vida pública grega. Pese embora a conotação negativa de que mais tarde viria a padecer, a caracterização de alguém como sofista, e o próprio ensino sofístico, nada tinham de pejorativo para os atenienses do século V a.C.. Pelo contrário, como esclarecem Hernández Guerrero e García Tejera, a denominação de sofista, termo aliás bastante neutro, aplicava-se aos professores que ensinavam o chamado novo saber, composto por literatura, ciência, filosofia e, especialmente, oratória. Os sofistas foram, dizem os autores citando Alfonso Reyes, os primeiros humanistas, nascendo da necessidade de superar a limitada educação proporcionada pelo ginásio, estendendo-a a todas as artes liberais²⁴².

As mudanças políticas e jurídicas ocorridas na segunda metade do século V a.C. em Atenas propiciaram em tudo o florescimento do ensino retórico e sofístico. A valorização e mesmo imposição do envolvimento directo dos cidadãos na vida activa da cidade, em diversos processos comunitários de decisão, faziam sentir a necessidade de bons oradores. E se a sociedade grega precisava de oradores, se valorizava os retóricos, apreciava a existência de sábios, de mestres que ensinassem as artes do bem falar e da persuasão. Do talento para falar de modo eficaz, de modo convincente, podia depender a

²³⁸ Cfr. J.A.HERNÁNDEZ GUERRERO / M.C. GARCÍA TEJERA, *Historia breve de la retórica*, Madrid, Síntesis, 1994, p. 17.

²³⁹ Cfr. David PUJANTE, *op.cit.*, p. 37.

²⁴⁰ Cfr. Brian VICKERS, *op.cit.*, p. 6.

²⁴¹ Esta característica da retórica constituía um aspecto fundamental da obra de Quintiliano, autor da grande enciclopédia do saber retórico da Idade clássica, a *Institutio Oratoria*. Cfr. David PUJANTE, *op.cit.*, p. 55; *idem*, *El hijo de la persuasión. Quintiliano y el estatuto retórico*, Logroño, Ediciones Instituto de Estudios Riojanos, 1996.

²⁴² Cfr. J.A.HERNÁNDEZ GUERRERO / M.C. GARCÍA TEJERA, *op.cit.*, p. 19.

liberdade e a prosperidade de qualquer ateniense. Como nos mostra Vickers, o sistema de magistrados particulares ou de selectos grupos de juizes com assento no Areópago vem, nesta altura, dar lugar a modelos de litigância judicial em que competia aos particulares argumentarem a favor das respectivas causas perante enormes assembleias de jurados populares que tinham, por sua vez, completa jurisdição sobre os procedimentos judiciais²⁴³. Por outro lado, o desenvolvimento político de modelos democráticos reflectia-se no alargamento da base de participação popular na vida pública, exigindo que nas mais diversas situações o cidadão se tivesse que dirigir aos seus concidadãos. Motivado pelo mero debate político, pela defesa de questões de interesse comum, ou com vista à eleição para cargos públicos, eleição que dependeria do favor de determinadas instituições, o cidadão grego tinha muitas e boas ocasiões para mostrar os seus dotes de oratória política.

A participação activa na vida cívica reclamada pelo desenvolvimento da *polis*, pela estruturação da democracia e pela adopção de determinados modelos judiciais vem pois a consolidar a afirmação da retórica enquanto arte do discurso persuasivo no mundo grego. E vem a ditar o sucesso de escolas sofisticas como a de Górgias de Leontinos ou de Protágoras de Abdera. Na raiz de ambas as demandas, da afirmação da retórica e do sucesso das escolas sofisticas, não deixa de estar a reflexão sobre a centralidade e sobre a natureza da linguagem e “o reconhecimento do valor cognoscitivo e educativo da reflexão sobre a língua”. Isso mesmo nos diz Mortara Garavelli, acrescentando que quer se fosse adepto da tese, de ascendência pitagórica, da arbitrariedade dos signos linguísticos, de acordo com a qual a ligação dos nomes às coisas teria uma natureza convencional, ou antes se acreditasse numa ligação natural entre os nomes e as realidades por estes designadas, num aspecto se tinha que estar de acordo: para conhecer a realidade era essencial conhecer os signos linguísticos que a exprimiam²⁴⁴.

A importância reconhecida à palavra, nomeadamente à palavra oral, determina deste modo o êxito que, nesta altura, alcançam os estudos de retórica ou de oratória. Paradoxalmente, determina também a orientação das censuras que estão na origem do futuro descrédito a que os mesmos estudos só muito esporadicamente se conseguirão furtar. Um descrédito que é, em primeiro lugar, o do próprio ensino sofisticado, que,

²⁴³ Cfr. Brian VICKERS, *op.cit.*, p. 6.

²⁴⁴ Cfr. Bice Mortara GARAVELLI, *op.cit.*, p. 19.

posteriormente, e sobretudo em virtude da crítica platónica, se estende à arte a que este mais fortemente estava vinculado: a retórica. Pode ter sucedido que, a dada altura, indivíduos menos conscienciosos tenham abusado da boa reputação de que gozava a sofística, aproveitando para inescrupulosamente vender malabarismos retóricos a quem deles precisasse, com absoluto desprezo pelo mérito ou demérito substancial da demanda. Nas mãos destes, a retórica transforma-se efectivamente num mero exercício formal de virtuosismo linguístico, capaz de, aos olhos do leigo, baralhar o bem com o mal e o justo com o injusto. Tendente a despertar as emoções e as paixões dos ouvintes, esta retórica tende a ser vista como irracional e ilógica, longe de qualquer intenção de justeza ou de verdade. É precisamente esta retórica que desperta, de alguma forma legitimando, a investida platónica, que não é de modo algum unívoca. Uma investida que se materializa sobretudo em duas peças: uma, o *Górgias*, que deixa Platão para a história como o arquetípico inimigo da retórica²⁴⁵. Profundamente anti-retórica e anti-sofística, esta obra deixa no entanto entrever alguma hesitação do filósofo em relação ao real valor da retórica. Nomeadamente no que toca à vinculação desta com a justiça, vinculação que, com pleno reconhecimento de Platão, era claramente afirmada por Górgias. A segunda peça em que Platão se debruça expressamente sobre a retórica é o *Fedro*, obra já mais tardia em que são perceptíveis os intuitos conciliadores entre realidades entre si não tão distantes quanto isso: a retórica dos sofistas e aquela que Platão designa de retórica dialéctica, ou filosófica²⁴⁶.

Vai subsistindo uma ideia segundo a qual esta contenda, na Antiguidade, se deu entre sofistas e filósofos, os primeiros mestres da palavra e da persuasão, os segundos os guardiães da verdade e da justiça. Precisamente em nome dessa verdade e dessa justiça se ergue a pena de Platão, duramente criticando a classe sofista que o filósofo acusa de venal e artificiosa. Os sofistas são apontados como mestres do engano, capazes de convencer qualquer um com argumentos falaciosos, capazes de encobrir as verdades por trás de persuasivas verosimilhanças. Capazes de vender argumentos contra e a favor de qualquer tese, capazes de elaborar os mais belos e convincentes discursos independentemente do valor substancial da causa, capazes de desprezar a verdade para louvar o aparente. As acusações são de amoralidade, oportunismo e falta de ética. Acusações que, como já referimos, se vão gradualmente imputando à própria actividade

²⁴⁵ Cfr. PLATÃO, *Górgias*, trad. de Margarida Leão, Lisboa, Lisboa Editora, 1995.

²⁴⁶ Cfr. *idem*, *Fedro*, trad. José Ribeiro Ferreira, Lisboa, Edições 70, 1997.

retórica. Pois não são os retóricos os mestres da persuasão, do discurso convincente que inclusive é tido por mais conveniente, mais consequente, que o próprio discurso verdadeiro? Quando a palavra vale mais que a realidade, o verosímil torna-se na verdade possível. A acusação é particularmente dirigida aos sofistas e à relatividade e contingência que introduzem na noção de verdade, mas a imagem negativa deixada sobretudo no *Górgias* acaba por se comunicar, como já referimos, à principal arte em que se notabilizaram: a retórica. Depois da crítica socrática e, sobretudo, platónica, os estudos retóricos perdem grande parte do prestígio de que rectamente gozavam.

Na sua célebre *In defence of rhetoric*, Vickers mostra-se particularmente severo para com o *Górgias* platónico, acusando o filósofo grego de sistematicamente distorcer tanto as provas como os argumentos para construir a sua crítica. Nesta distorção vê já o autor a falta de convicção do filósofo grego na condenação da retórica. Uma falta de convicção que se tornará mais evidente no *Fedro*, obra em que Platão terá oportunidade de clarificar as noções de uma retórica verdadeira e de uma retórica falsa. Esta será precisamente aquela que vê ser manipulada pelos sofistas, entendida como o exercício meramente formal da persuasão, indiferente aos conteúdos tratados, tendo por objecto unicamente o verosímil, vocacionada, nas palavras de Garavelli, para distrair a multidão, seduzindo-a com elegantes encantos e sonoridades vazias²⁴⁷. A retórica filosófica, ou dialéctica, que Platão opunha à que era praticada pelos sofistas, era por ele entendida como a atitude do verdadeiro filósofo, comprometido com a procura da verdade através do diálogo. Esta noção de retórica, uma retórica que Platão diz boa e verdadeira, que requer o conhecimento da justiça, leva-o a reconhecer que o descrédito em que a retórica cai no seu tempo (e a seus olhos) não se deve tanto ao uso exclusivamente persuasivo da palavra como ao mau uso que do mesmo vai sendo feito. Já no século XX, Michel Meyer falará em retórica branca e retórica negra, numa distinção que em muito se aproxima da platónica²⁴⁸.

²⁴⁷ Cfr. Bice Mortara GARAVELLI, *op.cit.*, p. 21.

²⁴⁸ Cfr. Michel MEYER, “As bases da retórica” in M.M.CARRILHO, coord., *Retórica e comunicação*, Porto, Asa, 1994, pp. 31 e ss., *max.* 65-66. Caracterizando a retórica como a “negociação da distância entre os homens a propósito de uma questão, de um problema”, Meyer vê nesta questão, ou problema, o fundamento da interrogatividade que permite apreender a oposição entre dois usos da retórica: aquele que visa manipular os espíritos, esforçando-se por fazer passar por verdadeiros ou verosímeis discursos desprovidos de verdade, e que pode fazer passar por resposta aquilo que constitui o problema, e aquele outro que não oculta, antes exprime, o problemático, de certo modo revelando os processos inerentes ao primeiro uso. Se este primeiro uso dá lugar a uma retórica negra, como lhe chamava Barthes, o segundo

Toda a duplicidade que Platão sente em relação à retórica se parece verter no *Fedro*. Parecem-nos de algum modo esclarecedoras as palavras de Alain Michel sobre a complexa relação estabelecida por Sócrates e pelo seu discípulo com a retórica. A oposição de ambos relativamente aos sofistas, observa o autor, poderia levar a pensar que rejeitariam também a retórica, que lhes estava estreitamente ligada. “Mas eles estão longe de um tal simplismo. Amam demasiado a língua e a beleza. Platão escreve o *Fedro* para conciliar (a retórica) com as exigências do verdadeiro, de que a primeira é, diz ele, o «esplendor». À retórica tende a substituir a dialéctica, ou seja, a procura pelo diálogo de um ideal que não é nem fictício nem abstracto, mas que é a fonte concreta e absoluta do verdadeiro (...). A retórica não se opõe à filosofia, como quiseram crer, desde a Antiguidade, muitos leitores pouco atentos. Aí, como noutros lugares, Platão reclama o diálogo, mais do que a ruptura. Coloca a filosofia na origem da retórica, porque não podemos sem ela aproximar-nos do verdadeiro ou do belo...”²⁴⁹.

Nem a retórica se opõe à filosofia, pois, nem Platão se opõe à retórica. A ideia da necessária vinculação do exercício da retórica à justiça, afirmada pelo próprio Górgias e deixada perceber na obra homónima de Platão, é claramente reafirmada no *Fedro*, embora vários excertos de ambas as peças possam ser interpretados de modo inverso. Uma ideia que, lado a lado com o enaltecimento das virtudes sociais da retórica, também Isócrates, contemporâneo de Platão, empreende com mestria²⁵⁰. Aristóteles mostra-se igualmente contrário à condenação da retórica como mera aptidão prática, mais interessada nas palavras do que nos seu conteúdos referenciais, sublinhando a sua natureza enquanto verdadeira arte, capaz de levar os homens a alcançar “fins nobres e decisões justas”. Ao longo do seu pensamento, o Estagirita leva também a cabo uma fundamental aproximação entre retórica e dialéctica, unidas na valorização positiva do

uso, que Meyer arrisca designar de retórica branca, mais bem mereceria o epíteto de retórica cinzenta, pois que se debruça tanto “sobre o modo como esta interrogatividade é encoberta no responder que mais ou menos se ignora enquanto tal, que é mais ou menos manipulador, ideológico, e que recalca a interrogação para «passar» junto daquele a quem se dirige como discurso”.

²⁴⁹ Cfr. Alain MICHEL, “La rhétorique, sa vocation et ses problèmes: sources antiques et médiévales”, in Marc FUMAROLI, dir., *Histoire de la rhétorique dans l’Europe moderne*, Paris, PUF, 1999, p. 19.

²⁵⁰ Isócrates representa a passagem do ensino itinerante dos sofistas para a criação de escolas com o intuito de treinar os gregos para o discurso político e jurídico. Para este filósofo, ao contrário do defendido por Aristóteles, a retórica constitui o primeiro instrumento para a educação, educação que se dirigia para a actividade política e prática. Para Aristóteles, não haveria ofício mais nobre do que a oratória política. Cfr. Brian VICKERS, *op.cit.*, pp. 7-8; David PUJANTE, *Manual de retórica*, pp. 44-46.

provável. Uma aproximação que o afasta do seu mestre: Platão desprezava os juízos probabilísticos, que considerava mera aparência de verdade, sobretudo no seio das práticas retóricas, destinadas a convencer as massas pela persuasão. Opunha-os, como vimos, ao raciocínio dialéctico, e à dialéctica em geral, equiparada à própria filosofia, que constituiria o autêntico caminho para a verdade e para a justiça. O diálogo filosófico, opondo interlocutores activos, pautar-se-ia por princípios muito distintos daqueles que regeriam os discursos pronunciados frente a passivos auditórios.

Mas a consciência de que a fé acaba por ser o mais alto grau de certeza possível nos assuntos quotidianos da vida dos homens, leva Aristóteles a considerar os raciocínios probabilísticos como dominantes, quer na retórica quer na dialéctica²⁵¹. Retórica e Dialéctica que o filósofo, logo no início da sua *Retórica*, coloca ao mesmo nível, considerando ambas como artes gerais que oferecem técnicas e instrumentos intelectuais úteis a todas as outras artes, ambas lidando com opiniões populares, argumentos prováveis e temas comuns²⁵². David Pujante oferece uma curiosa perspectiva, segundo a qual este nivelamento entre retórica e dialéctica que Aristóteles consagra na sua *Retórica* é feito por baixo, significando, mais do que uma ascensão da retórica à dignidade filosófica, um desprimor da dialéctica, uma sua despromoção à categoria de pseudo-filosofia. Nesta altura do seu pensamento, diz-nos o autor espanhol, a dialéctica é pelo filósofo grego considerada um saber do aparente tomado como real, um pseudo-saber²⁵³.

²⁵¹ Assim alegam HERNÁNDEZ GUERRERO y GARCÍA TEJERA, *op.cit.*, pp. 30-31.

²⁵² “A retórica é uma contrapartida da dialéctica, já que ambas se referem a determinadas questões cujo conhecimento é, em certo sentido, comum a todos e não próprio de uma ciência definida. Por tal motivo todos participam também em certo sentido de ambas”. Alberto Bernabé esclarece que a retórica é contrapartida da dialéctica porque os respectivos objectivos são diferentes, embora tenham em comum a circunstância de constituírem saberes sobre assuntos comuns, não se referindo a uma ciência determinada e sendo, assim, aplicáveis a qualquer uma. A retórica seria, para Aristóteles, a facultadade de considerar, em cada caso, o que pudesse ser convincente, enquanto a dialéctica se identificaria com a arte de raciocinar sobre qualquer problema que fosse proposto a partir de coisas plausíveis. Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, Introducción, traducción y notas de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 45. A um nível superior, observa Vickers, Aristóteles coloca o pensamento científico, que começa com princípios necessários e universais e conduz a conclusões universais e necessárias. Cfr. Brian VICKERS, *op. cit.*, pp. 6 e ss..

²⁵³ Cfr. David PUJANTE, *op.cit.*, pp. 49-50.

Ainda que assim seja, não deixa de ser atribuível a Aristóteles um dos mais valiosos tratados alguma vez escritos sobre a retórica, considerada em si mesma um instrumento potencial ao serviço dos mais diversos saberes e dos mais nobres interesses sociais. O afastamento de Aristóteles em relação a seu mestre Platão, no que à retórica diz respeito, prende-se igualmente com o reconhecimento da dimensão substantiva desta arte, ao lado da dimensão estilística a que a mesma não se reduz. É precisamente este reconhecimento que leva o mestre grego a despender tantas páginas da sua *Retórica* com a importância da escolha dos argumentos mais válidos para cada questão e com os procedimentos adequados a encontrar os mesmos argumentos. Alguns séculos mais tarde, um herdeiro desta reabilitação aristotélica da retórica, Cícero, terá oportunidade de sistematizar (e de latinizar) as várias fases da composição do discurso retórico, tendo também ocasião para sublinhar a importância superior daquele momento criativo²⁵⁴. Vickers observa que ao herdarem a retórica grega, os romanos herdaram igualmente a contenda alimentada pelos gregos entre retórica e filosofia. E Cícero mostra-se um bom discípulo da retórica aristotélica, fazendo ver aos romanos o prazer que é possível retirar da eloquência quando esta se concilia com aquilo que é honesto²⁵⁵: “o justo é invencível, se se souber dizer”. É, no fundo, o retomar daquela dimensão substantiva da retórica e da vinculação desta à justiça, que faz com que Cícero não só acentue a importância da *inventio*, enquanto lugar privilegiado de constituição do discurso, como dê particular atenção à retórica forense. Das cinco partes em que tradicionalmente se divide a retórica – *inventio, dispositio, elocutio, actio e memoria* –, é habitual destacar as três primeiras como constitutivas do texto do discurso, correspondendo a *inventio, grosso modo*, à descoberta dos argumentos, a *dispositio* à distribuição dos mesmos pela ordem geral do discurso e a *elocutio* à procura das palavras e expressões mais adequadas para verter o discurso. Nesta última tem lugar o tratamento das figuras e dos ornamentos estilísticos. As restantes duas dirão respeito a operações não constitutivas do texto discursivo mas atinentes à actuação do discurso elaborado pelas três primeiras,

²⁵⁴ Esse momento criativo, que se consubstancia na *inventio*, trata de encontrar as ideias, os argumentos, as vias de persuasão. Os conteúdos são o material que se procura encontrar, pois, como observa Roland Barthes, na perspectiva da retórica já existe tudo. Só é preciso encontrá-lo. Cfr. Angelo MARCHESE y Joaquín FORRADELLAS, *op.cit.*, p. 219.

²⁵⁵ “Foi Cícero quem fez ver aos romanos de quanto é o prazer que a eloquência concilia com o que é honesto; que o justo é invencível, se se souber dizer”. Cfr. PLUTARCO, *Cícero*, *apud* David PUJANTE, *Manual de Retórica*, p. 9.

correspondendo, nomeadamente, à declamação ou recitação do discurso e à sua memorização. A importância reconhecida pelos tratadistas da retórica clássica em geral àqueles três primeiros momentos constitutivos do discurso mostra bem a natureza substantiva e não meramente estilística da actividade em causa. Na esteira de Aristóteles, tanto Cícero como Quintiliano, outro defensor da retórica que deixa o seu nome ligado a uma obra de valor cimeiro, acentuam a necessidade de bem trabalhar a construção de argumentos, com recurso a listas apropriadas de tópicos, ou lugares comuns, pelos quais se distribuem os argumentos²⁵⁶. Não deixa de ser curiosa a dificuldade manifestada por ambos em separar, para além da teoria, as duas primeiras operações uma da outra, a *inventio* da *dispositio*. Dizendo respeito esta última à melhor arrumação possível dos vários argumentos encontrados, dentro da própria organização estrutural do discurso, sem esta a primeira revela-se inútil. E, naturalmente, vice-versa.

6. A retórica na constituição da comunidade e da cultura jurídicas

Lamentavelmente, no entanto, e apesar de todos os esforços desenvolvidos em defesa da retórica, foi sobretudo o legado platónico do Górgias aquele que maior influência exerceu na cultura retórica ocidental, praticamente até ao séc. XX. Profundamente marcada por aquela conotação negativa que a identifica com um uso artificial das palavras, desgarradas da sua referencialidade substancial, torna-se uma disciplina fútil, centrada nos artificios estilísticos do discurso. Vingou a principal acusação que Platão dirigiu aos sofistas e, por inerência, à retórica, de conceder maior importância às palavras do que àquilo a que as mesmas se referiam, e de terem maior

²⁵⁶ O *topos* é um “lugar comum”: “Primeiro, porquê lugar? Porque, diz Aristóteles, para se lembrar das coisas basta reconhecer o lugar em que se encontram (o lugar é, pois, o elemento de uma associação de ideias, de um condicionamento, de um treino, de uma mnemónica); os lugares não são, pois, os argumentos em si mesmos, senão os compartimentos em que estes estão colocados. Daí a imagem que conjuga a ideia de um espaço e de uma reserva, de uma localização e de uma extracção. (...) Os lugares, diz Dumarsais, são as células onde todas as pessoas podem ir buscar, digamo-lo assim, a matéria de um discurso e argumentos sobre qualquer tipo de tema”. Cfr. Roland BARTHES, “L’Ancienne rhétorique”, in *Oeuvres complètes*, t. II, Paris, Seuil, 1994, p. 939. “A tópica é o código destas formas estereotipadas, temas consagrados, enunciações convencionais”. Cfr. Angelo MARCHESE y Joaquín FORRADELLAS, *op.cit.*, p. 407.

estima pelo verosímil do que pela verdade. Quando, já no séc. XVI, Pierre de la Ramée manifesta a sua clara aversão pelo pensamento aristotélico, desenvolvendo o seu método dialéctico em torno dos fundamentais eixos da *inventio* e da *dispositio*, deixa a retórica aristotélica reduzida precisamente à *elocutio*, às figuras de estilo, aos tropos, aos ornamentos do discurso. Uma tendência que há muito se vinha desenhando nos estudos medievais, e que tem o derradeiro golpe de misericórdia com a filosofia cartesiana das evidências, que relega por longo tempo a retórica e os seus juízos probabilísticos para os desacreditados domínios da aparência, do falso conhecimento²⁵⁷.

O século XX assiste a um fundamental relançamento da retórica, que passa pela reabilitação de muitas noções e de muitos princípios da retórica clássica. Uma reabilitação que nos parece abranger igualmente uma considerável parte do ensino e da doutrina sofisticos, aos quais devemos, talvez, uma das primeiras expressões de relativismo histórico²⁵⁸. Num momento em que tal posição parece estar na ordem do dia, devemos recordar que os sofistas foram os primeiros a reconhecer o carácter condicionado e histórico das verdades científicas, das verdades éticas e dos dogmas religiosos. Aquilo que mais fortemente os opunha aos intitulados filósofos era, como tivemos ocasião de referir, a diferente amplitude que concediam ao conceito de verdade: enquanto os filósofos se empenhavam no estabelecimento de verdades absolutas e permanentes, para os sofistas não haveria mais verdade que a de um tempo e de um lugar, surgida do campo das relações humanas. David Pujante mostra-nos com clareza o modo como até hoje a filosofia ocidental se ressent de o triunfo alcançado pelos filósofos sobre os sofistas na Antiguidade, triunfo que ditou a configuração da cultura ocidental sobre pressupostos de verdades absolutas e conhecimentos objectivos. É a viva imagem do homem moderno, da ciência moderna, herdeiros ambos do fracasso sofisticos. Para o autor espanhol é Nietzsche o grande responsável pela denúncia desta genealogia filosófica viciada, feita não apenas de possíveis verdades absolutas mas igualmente de discursos poderosos e legitimantes. Quando o autor alemão se mostra receptivo à ideia de verdades prováveis, do aparentemente plausível, “acaba com o império milenário da filosofia sobre a sofística e sobre a retórica na história do Ocidente”, abrindo uma brecha no pensamento contemporâneo e desenhando no

²⁵⁷ Cfr. Chaïm PERELMAN, *O império retórico: retórica e argumentação*, Porto, Asa, 1993, pp. 163-164.

²⁵⁸ Cfr. David PUJANTE, *op.cit.*, p. 20.

horizonte um hipotético fim da filosofia²⁵⁹. Fundamental para as posições assumidas pelo filósofo terá sido a reflexão sobre a centralidade do fenómeno linguístico em toda a actividade cognoscitiva ou epistemológica. “Quando filósofos como Nietzsche ou Heidegger se dão conta que as suas deficiências não são técnicas, ou de composição, ou de incompreensão, senão de linguagem, começa a viragem que conduz à retórica”²⁶⁰.

A viragem linguística a que nos temos vindo a referir desde o início deste trabalho, justificaria pois, só por si, a consideração da retórica como instrumento mais que inevitável em todo o processo de comunicação e de conhecimento. E é assim, em larga medida, uma das fundamentais responsáveis pelo actual estatuto da retórica.

De acordo com o modelo seguido para a sua reabilitação no século XX, a retórica assume-se como uma nova retórica, herdeira da clássica arte greco-latina, mas não meramente decalcada da mesma. Embora sejam várias as circunstâncias a determinar este renascimento retórico, o seu grande artífice é, sem sombra de dúvida, o jusfilósofo belga, de origem polaca, Chaïm Perelman. E são precisamente aquelas circunstâncias que, pela mão de Perelman, legitimam a caracterização da disciplina agora restaurada como nova retórica. Nova porque, por oposição à antiga disciplina, que tinha por objecto, antes de mais, o discurso persuasivo proferido perante um auditório tradicionalmente numeroso e passivo, a retórica concebe-se agora como abrangendo todas as espécies de auditório. Isto é, a nova retórica compreende qualquer discurso que vise persuadir, convencer, independentemente do auditório a que se dirige e da matéria a que diga respeito. Identifica-se com uma verdadeira teoria da argumentação, analisando a estrutura do discurso persuasivo e os mecanismos da argumentação²⁶¹. Mecanismos que podem actuar sobre o chamado auditório universal, constituído em princípio pela totalidade dos seres racionais²⁶², ou sobre o próprio sujeito que

²⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 18.

²⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 25.

²⁶¹ Cfr. Chaïm PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Editorial Gredos, 1989.

²⁶² Pujante observa que, quando Perelman se interroga sobre qual deva ser o critério da racionalidade argumentativa, o vem a encontrar no auditório universal. Os modelos argumentativos com fins particulares não seriam, para o autor, tão razoáveis quanto os construídos para convencer um auditório universal. Aquilo que Pujante vem a criticar é a incapacidade de Perelman para justificar as diferenças argumentativas entre modelos de argumentação particular e universalizante, chegando o autor da Nova Retórica a considerar que se possa tratar de uma mera questão de intenções, de honestidade pessoal. Por outro lado, continua o autor espanhol, Perelman não esclarece a natureza do auditório universal,

argumenta, tentando convencer-se a si mesmo de alguma coisa. Argumentação que se pode verter em discursos orais, como aqueles que mais tradicionalmente caíam sob a alçada dos antigos ensinamentos retóricos, ou antes escritos, como mais frequentemente vai sucedendo nos nossos dias²⁶³.

E os nossos são dias em que as estratégias que visam obter adesão têm uma actualidade e uma aplicabilidade superiores àquelas que tiveram em qualquer anterior época da história, justificando não apenas o excepcional interesse que a retórica tem despertado nos mais variados domínios, como o próprio alargamento do seu objecto. “O auge dos meios de comunicação de massas e da vida democrática num crescente número de países explicam os esforços que se têm vindo a realizar na segunda metade deste século a partir de múltiplas direcções para reabilitar a retórica clássica como arte de persuasão”²⁶⁴. Estas múltiplas direcções serão, porventura, as mesmas que mais violentamente se viram a braços com a natureza situada, histórica e sociologicamente, de verdades outrora eternas e inamovíveis; compreenderão, certamente, todos os saberes dependentes da razão prática.

E, neste contexto, parece-nos muito significativo o caminho percorrido por Perelman até, nas palavras de González Bedoya, se encontrar com a retórica aristotélica²⁶⁵. Depois de estudar direito e filosofia, “o redescobrimento por Perelman da retórica arranca do seu primeiro ensaio sobre a justiça, no qual constata não se poderem explicar nem a regra de justiça nem as normas jurídicas ou morais em termos de lógica

identificado com um conjunto imaginário da totalidade dos seres racionais. No entender de Pujante, nada mais alheio à retórica, sempre preocupada com os grupos concretos, no seio dos quais procura obter um efectivo consenso. Cfr. David PUJANTE, *op.cit.*, p. 241.

²⁶³ “A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialéctica, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da demonstração, da prova pela inferência estudada pela lógica formal”. Cfr. Chaïm PERELMAN, *Lógica Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 144.

²⁶⁴ Cfr. Jesús GONZÁLEZ BEDOYA, Prólogo à edição espanhola do *Tratado da argumentação*, retirado do *Tratado histórico de retórica filosófica* do autor. Cfr. Chaïm PERELMAN, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, p. 10.

²⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 14.

formal, cujas proposições são racionais e gozam de necessidade e universalidade”²⁶⁶. Com efeito, esclarece González Bedoya, é estudando o problema da justiça, deparando-se com a manifesta inadequação da lógica da demonstração ao mundo dos valores e com a necessidade de abordar estes com outra lógica, que surge o encontro de Perelman com a retórica de Aristóteles²⁶⁷. A recuperação da retórica aristotélica traz a recuperação da distinção enunciada pelo Estagirita entre a lógica, enquanto ciência da demonstração, baseada na razão teórica com as suas categorias de verdade e de evidência, e a retórica e a dialéctica, ciências do provável e lugar de argumentação, em que domina a razão prática com as suas categorias do verosímil e da decisão razoável²⁶⁸. É a noção de Kurt Spang, da retórica enquanto “via intermédia entre o evidente e o irracional”, aquela que interessa a Perelman. Pois não admite como possível, como sensato, que se remeta para o domínio do irracional todo o conhecimento que não for evidente, que não for demonstrável a partir da lógica formal, com carácter de necessidade. Isso seria, aliás, remeter para o domínio do irracional e do arbitrário todos os domínios das ciências humanas, nomeadamente o do direito e o da própria filosofia. Domínios em que a evidência não vinga e em que não é possível provar teses através do emprego de mecanismos formais ou lógicas de cálculo. Domínios em que a demonstração tem que ser substituída pela argumentação e a evidência pela verosimilhança, pela plausibilidade²⁶⁹. Domínios, como já dissemos, como o da justiça e do direito. Não é, pois, de estranhar, que a recuperação e alargamento, por Perelman, da retórica aristotélica, e da própria razão prática, se desenvolvam no seio de uma reflexão sobre a justiça e a ordem jurídica. Como o próprio afirma a dado passo, uma teoria geral da argumentação, ou seja, uma nova retórica, concebida no sentido mais amplo, parece um preliminar a qualquer explanação consagrada ao raciocínio jurídico²⁷⁰. A própria

²⁶⁶ Cfr. M. DOBROSIELSKI, *Retórica e lógica*, México, Universidad Nacional de México, 1959, *apud* Jesús GONZÁLEZ BEDOYA, *op.cit.*, p. 14.

²⁶⁷ Cfr. Jesús GONZÁLEZ BEDOYA, *op.cit.*, p. 14.

²⁶⁸ Cfr., v.g. Manuel ATIENZA, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, São Paulo, Landy, 2002, pp. 83-85.

²⁶⁹ “... não se delibera nos casos em que a solução é necessária nem se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verosímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa à certeza do cálculo”. Cfr. Chaïm PERELMAN, *Tratado da argumentação*, p. 30. Falamos em deliberação judicial porque o reino em que nos movemos não é o do necessário ou das verdades evidentes. Pelo contrário.

²⁷⁰ Cfr., *idem*, *Lógica jurídica*, p. 154.

importância que se reconhece à linguagem como fundamental instrumento de comunicação e de conhecimento e a impossibilidade de fugir ao exercício de juízos de valor, patente, talvez mais do que em qualquer outro domínio, no domínio do raciocínio judiciário²⁷¹, facilmente nos levam a considerar o universo jurídico como espaço privilegiado de manifestação da razão prática e do verdadeiro virtuosismo retórico.

Um dos autores que mais proficuamente tem incentivado esta aproximação do direito à retórica é o norte-americano James Boyd White, a quem já nos referimos. Diz-nos White que o facto de muitas questões jurídicas não poderem ser resolvidas através de demonstrações lógicas ou empíricas justifica só por si o relevo da retórica na prática judiciária. Mas a retórica vê-a White como uma arte que, não se esgotando nas competências do bem falar e do bem escrever, com persuasão e convicção argumentativas, se estende ao próprio acto de bem pensar. E um bem pensar que se integra em hábitos intelectuais, um bem pensar que se integra numa cultura²⁷². Para o autor norte-americano, a retórica é verdadeiramente a actividade através da qual uma determinada comunidade, uma dada cultura, se constitui e se transforma. É a sua ideia de retórica constitutiva, que tem como objectivo último a justiça, e de que o direito acaba por constituir uma espécie, um ramo²⁷³. Para White o direito é, em sentido pleno, uma linguagem, pois é “um modo de ler, escrever e falar, e de, ao fazer isto, manter uma cultura, uma cultura de argumento, com um carácter próprio”. É assim uma actividade intrinsecamente retórica, não só por ser uma actividade discursiva e criativa, mas também por, neste contexto, ser parte de uma cultura. Por fazer parte integrante de uma comunidade cultural.

É também este, no fundo, o entendimento de Amsterdam e Bruner, quando observam que a vida do direito não acontece no vácuo, antes fazendo parte de um invasivo mundo cultural. A ideia expressa por estes autores é a de que se se pretende que o direito actue em sociedade, ao serviço das pessoas que vivem numa comunidade,

²⁷¹ “Considero que é o raciocínio judiciário, mais do que qualquer outra argumentação, que é específico da lógica jurídica”. Cfr. *ibidem*, p. 221.

²⁷² Cfr. James Boyd WHITE, *Heracle's Bow*, maxime pp. ix-xiv, 28-40; *idem*, “Imagining the law”, pp. 34-38; *idem*, *Justice as translation*, pp. xiii-xiv, *passim*. Sobre a reciprocidade existente entre a linguagem e a formação do carácter, e sobre a reciprocidade entre o eu individual e a cultura em geral, *ibidem*, pp. 22-25. Referindo-se ao apelo ético da retórica, Richard POSNER, *Law and Literature*, pp. 266-269.

²⁷³ Uma ideia que ele desenvolve mais extensamente em *Heracle's Bow*. Cfr. *op. cit.*, max. cap. 2: “Rhetoric and law: the arts of cultural and communal life”, pp. 28 e ss..

então deve ser encarado como uma extensão ou um reflexo da cultura dessa comunidade²⁷⁴. Como faz questão de sublinhar Susan Bandes numa interessante recensão crítica da obra em questão²⁷⁵, Amsterdam e Bruner têm o mérito acrescido de, para além desta aproximação cultural e narrativa ao direito, apresentarem uma sólida investigação no domínio da teoria cultural, evitando as vagas noções de cultura que, como a própria reconhece, contaminam por vezes trabalhos como este²⁷⁶. A verdade é que os mesmos autores reconhecem ter-se remetido nos primeiros capítulos a uma ideia comum de cultura, sem especificação, enquanto padrão global da forma de vida colectiva das pessoas²⁷⁷. Por ser suficiente, aí, aos seus propósitos. Ao fazer derivar do uso pelos advogados de uma linguagem jurídica o facto de os mesmos habitarem uma cultura jurídica, apresentando-se como membros de uma comunidade jurídica, Boyd White identifica essa linguagem com um conjunto de actividades sociais e intelectuais constitutivas quer de uma cultura quer de uma comunidade. Comunidade enquanto conjunto de relações entre seres humanos e cultura enquanto “conjunto de recursos para discurso e acção futuros, conjunto de formas de reclamar sentido para a experiência”²⁷⁸.

Chegados aqui, vários são os caminhos que se nos oferece trilhar. Caminhos que talvez mais não sejam do que faces da mesma realidade complexa de que temos vindo a tratar. A análise de algumas destas faces vai-se desenrolando, temos que o confessar, de modo algo aleatório, mais em obediência a critérios de estratégia discursiva do que obedecendo propriamente a critérios de necessidade. O facto de muitas destas questões se imbricarem tão firmemente umas nas outras assim o determina.

Referir-nos-emos em primeiro lugar à oportunidade do trabalho interdisciplinar elaborado por Paul Kahn, que nos remete para a fundamental análise cultural do Direito a que podemos e devemos proceder. Uma análise que deve ser feita sem que com essa se vise expressamente encetar alguma espécie de reforma global ou parcial do sistema jurídico. Ou seja, uma análise que vale por si mesma, pelos seus próprios frutos. Uma análise que nos leva a descobrir o Direito não apenas naqueles objectos e naquelas

²⁷⁴ Cfr. Anthony AMSTERDAM / Jerome BRUNER, *Minding the Law*, pp. 2 e ss..

²⁷⁵ Cfr. Susan BANDES, *op. cit.*, p. 273.

²⁷⁶ Os autores dedicam o capítulo oitavo do seu trabalho a problematizar o conceito de cultura, oferecendo, no entender de Bandes, uma noção sofisticada, fluida e historicamente fundamentada, daquilo que pode ser o meio cultural e da sua intersecção com o Direito.

²⁷⁷ Cfr. Anthony AMSTERDAM / Jerome BRUNER, *Minding the Law*, p. 217.

²⁷⁸ Cfr. James Boyd WHITE, *op.cit.*, p. xi.

práticas positivamente etiquetadas como tal, não apenas nos fenómenos jurídicos como tal identificados pela maioria, mas na imensidão da vida comunitária, em toda a sua diversidade. Este estudo cultural que devemos empreender do Direito reclama, nas palavras do próprio Kahn, a totalidade do eu²⁷⁹.

Esta aproximação cultural leva-nos, por outro lado, a voltar, de alguma maneira, à própria linguagem do Direito, ou dos discursos múltiplos e multifacetados em que o Direito se verte e se manifesta. Referimos antes a especificidade desta linguagem jurídica, as suas particularidades face a uma linguagem que se pode considerar comum, ordinária. Mas talvez não sejam as precisões e especificidades terminológicas, ou o encerramento da sintaxe em formatos *prêt-à-porter*, aquilo que verdadeiramente dificulta o acesso por parte do leigo ao discurso dos juristas em geral. Não que não contribua para tal, como aliás tivemos oportunidade de notar, mas a verdade é que há, como diriam Conley e O'Barr, aspectos mais subtis do que a gíria jurídica no discurso profissional do direito. E estes aspectos mais subtis prendem-se, parece-nos, com esta aproximação cultural ao Direito. Os autores referem, concretamente, o modo como os advogados transformam a história que lhes é levada pelos clientes num determinado

²⁷⁹ Esta análise cultural do Direito propugnada por Paul Kahn apresenta uma outra dimensão muito curiosa. Para o autor, os textos em que se corporiza um concreto universo jurídico carregam, de certo modo, a contingência do próprio universo cultural de que fazem parte integrante os mesmos textos. E o próprio universo jurídico. Na medida dessa contingência, eles correspondem a frutos da imaginação, obras de ficção que poderiam ter uma natureza bastante diferente se porventura tivessem surgido no seio de diferentes contextos culturais. Daí a importância atribuída por Kahn ao estudo da literatura de ficção: ao mostrar-nos que podemos sempre imaginar o mundo de um modo alternativo, temos a percepção do carácter não necessário de um qualquer ordenamento jurídico. Cfr. Paul KAHN, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, max. pp. 169 e ss.. De certo modo, esta é também uma ideia que encontramos num excelente trabalho de Jesús Ignacio Martínez García, intitulado *La imaginación jurídica*. Citando Weber, lembra que para as ciências sociais toda a realidade empírica é cultura, pelo que há que esquecer a pretensão de alcançar uma realidade estabelecida de uma vez por todas. Resultando sempre a realidade de um inventário do mundo, de operações de selecção e de exclusão, observa o autor que sempre haverá mais realidade disponível do que aquela que se actualiza, sendo sempre possível, a partir daí, conceber uma nova e diferente perspectivação e um regresso do excluído. Afirmando que a actividade jurídica é, antes de mais, a exibição de um formidável esforço imaginativo, criação de toda uma forma de pensar e de se exprimir, conclui pela própria artificialidade de conceitos como os de liberdade ou responsabilidade. Artificios jurídicos que servem, nomeadamente, para que os seres humanos possam ser julgados e condenados, porque culpabilizáveis. Cfr. Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Madrid, Dykynson, 1999, pp. 4 e ss., 72, 93 e ss..

formato, num discurso bastante diferente ao qual é antes de mais imposta uma particular estrutura discursiva²⁸⁰. Estrutura discursiva que permite, digamos, a sua identificação jurídica pelos profissionais do foro. E esta transformação parece-nos mais um reflexo do funcionamento da subcultura jurídica, com os seus padrões discursivos, com as suas praxes narrativas.

Em análise está, segundo cremos, aquilo a que James Boyd White chamou o discurso invisível do direito, ou, por outras palavras, a sua sintaxe cultural. Os mais sérios obstáculos à compreensão, diz-nos o autor, não são o vocabulário e a estrutura frásica empregues no direito, mas as tácitas convenções, não expressas, através das quais a língua opera; aquilo a que o mesmo se refere como o discurso invisível do direito. São estas convenções que em primeiro lugar “determinam o carácter misterioso do discurso e literatura jurídicos – não o vocabulário do direito, mas aquilo que se poderia chamar a sua sintaxe cultural”. Estas convenções, identifica-as Boyd White com as expectativas de sentido que subjazem ao uso das próprias palavras. Expectativas que não se explicitam em lado algum, que não encontram fundamento expresso em nenhuma fonte particular, “mas que são parte da cultura jurídica que a linguagem superficial pura e simplesmente assume. Estas expectativas estão constantemente em funcionamento, dirigindo argumentos, moldando respostas, determinando o passo seguinte, e assim por diante. Os seus efeitos estão em todo o lado, mas em si mesmas elas são invisíveis”²⁸¹. Uma das manifestações mais evidentes deste discurso invisível, que determina grande parte da singularidade discursiva do direito, vê-a White no facto de a maioria das discussões jurídicas girar em torno de um eixo que em maior ou menor grau se prende com a existência de normas jurídicas²⁸². Normas jurídicas às quais é forçoso atribuir um sentido. É precisamente nesta atribuição de sentido que joga um papel decisivo aquela sintaxe cultural, aquelas convenções latentes que, carentes de expressão própria, funcionam como uma força invisível. O que verdadeiramente caracteriza o discurso jurídico, no entender do Professor norte-americano, não são as normas que parecem estar no centro da sua estrutura – nem na sua substância nem enquanto afirmações procedimentais e institucionais -, mas antes a cultura que determina o modo como estas regras devem ser lidas e utilizadas. E mais uma vez nos

²⁸⁰ Cfr. John CONLEY e William O’BARR, *Just Words: Law, Language and Power*, p. 133.

²⁸¹ Cfr. James Boyd WHITE, *Heracle’s Bow*, cap. 4, “The invisible discourse of the law. Reflections on legal literacy and general education”, p. 63.

²⁸² Cfr. *ibidem*, pp. 64 e ss..

deparamos com um dos pressupostos fundamentais de todo este nosso trabalho: a centralidade de que se revestem para o direito em geral e para a actividade judiciária em particular os processos interpretativos através dos quais as realidades ganham sentido. E a inexorável complexidade que acompanha todos esses processos interpretativos. Aquela atribuição de sentido a que antes nos referíamos, toca não apenas a realidade normativa como a própria realidade factual e circunstancial. E não é nunca, nem num caso nem no outro, um dado adquirido, previamente fixado ou determinado exteriormente. Esta é matéria da qual ainda viremos a tratar, mas no caso concreto da compreensão normativa, rara é a ocasião em que os termos empregues pelo texto da norma surgem com um único e necessário sentido. De uma maneira geral, o sentido destes termos tem que ser determinado no seio de um processo de interpretação e de juízo para a orientação do qual a norma, em si mesma, pouco ou nada contribui. O discurso através do qual isto acontece é, neste sentido, invisível. “Excepto nos casos claros, por definição não problemáticos, podemos pensar na norma como estabelecendo não só um resultado necessário, mas um leque de resultados culturalmente possíveis, de entre os quais as escolhas terão que ser feitas, quer pelos advogados quer pelos juízes. São os processos de pensamento e conversação através dos quais essas escolhas são feitas, a cultura do argumento jurídico, que constituem o próprio direito”²⁸³. Também Stygall refere a existência de uma particular moldura conceptual e discursiva a partir da qual e dentro da qual os advogados e os juízes operam, construindo, discutindo e apresentando os acontecimentos em formatos que podem ser ininteligíveis para os leigos²⁸⁴. O que parece vir ao encontro da sintaxe cultural de White, identificada com a existência de determinadas convenções latentes/invisíveis que, mais do que o vocabulário técnico, são então as verdadeiras responsáveis pela singularidade do discurso e linguagem jurídicos.

7. Direito e linguagem: o discurso jurídico como discurso do poder. Os *Critical Legal Studies* e a concepção jurídico-política de Robert Cover

²⁸³ Cfr. *ibidem*, cap. 5, “Reading law and reading literature. Law as language”, p. 98.

²⁸⁴ Cfr. G. STYGALL, *Trial language: differential discourse processing and discursive formation*, Amsterdam and Philadelphia, John Benjamins, 1994, *apud* John GIBBONS, *Forensic Linguistics*, p. 72.

Traçada nestes termos a especificidade discursiva e linguística do direito, impõe-se-nos a necessidade de reflectir sobre alguns aspectos. Ao longo dos tempos, em alguns mais do que em outros, tem-se feito sentir a censura relativamente a alguma da impermeabilidade da linguagem jurídica. Pretende-se que as pessoas saibam aquilo que a ordem jurídica delas espera, o que nem sempre acontece. Há que conhecer os ditames do direito para com eles se poder conformar os respectivos comportamentos. É bem conhecida a máxima segundo a qual o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém. E ninguém recusará a conveniência de cada um compreender devidamente as palavras que um magistrado no exercício das suas funções lhe dirija enquanto interessado numa particular demanda. Há, portanto, algum interesse em aproximar a linguagem jurídica, corresponda ela à que é empregue pelos advogados, pelos magistrados ou pelo próprio legislador, à linguagem que é quotidianamente utilizada pelo leigo. Ou será que não? E se sim, será essa uma tarefa exequível?

No final dos anos 70, campanhas levadas a cabo sobretudo nos Estados Unidos da América e em Inglaterra pretenderam esbater o fosso patente entre linguagens especializadas, entre as quais a do direito, e a linguagem comum. Pretendiam pressionar determinados organismos institucionais, em permanente contacto linguístico com o público em geral, a adoptar nesse contacto formas linguísticas mais claras e simplificadas. Os argumentos iam não apenas no sentido da necessidade de uma tal simplificação, em prol da inteligibilidade e da comunicação, mas também no da correlativa desnecessidade do carácter obscuro das linguagens institucionais, nomeadamente da linguagem jurídica. Muitos viam na impenetrabilidade do discurso jurídico uma manifestação de poder por parte daqueles a quem competia na sociedade o exercício de funções ligadas à Justiça. Seria, mais do que qualquer outra coisa, um mecanismo ao serviço de um pequeno grupo de iniciados que lhe permitiria preservar e reforçar o seu poder no seio da comunidade. Um poder que se traduziria no pretensão domínio exclusivo de um conjunto de conhecimentos. Uma crítica ainda hoje assacada à mesma linguagem jurídica e à mesma classe que a emprega. Nomeadamente pela mão de autores que se têm mostrado mais ou menos comprometidos com os chamados *Critical Legal Studies*, surgidos no final da década de 70 do século XX²⁸⁵.

A imagem do direito como poder, e mais marcadamente como política, é largamente veiculada por autores como Robin West, Mark Tushnet ou Roberto Unger.

²⁸⁵ Cfr. *supra* p. 67, nota 175.

A filiação oficial, institucional, dos vários autores a este movimento nem sempre é fácil de traçar, como já tivemos oportunidade de sublinhar, e poucos são aqueles que verdadeiramente dão pelo nome. Muitos mais são aqueles que se identificam com uma ou algumas das ideias que dão vida aos escritos dos *CLSers* assumidos. Apesar da heterogeneidade por todos os críticos apontada ao CLS, dirigida às teorias e temáticas debatidas, às metodologias empregues, aos problemas e soluções apresentadas, os seus representantes parecem comungar de duas ideias fundamentais que não deixam de estar interligadas: a indeterminação do Direito e a natureza eminentemente política do mesmo²⁸⁶. A tese da indeterminação encontra apoio, naturalmente, na própria fluidez do inevitável suporte linguístico que possibilita o Direito; mas assenta sobretudo naquela mesma natureza política do Direito. Nas suas múltiplas dimensões, o Direito é visto pela

²⁸⁶ Cfr. Robert GORDON, “Critical Legal Studies Symposium: Critical Legal Stories”, *Stanford Law Review*, vol. 36, pp. 57 e ss., January 1984; Mark TUSHNET, “Critical Legal Studies Symposium: Critical Legal Studies and constitutional law: an essay in Deconstruction”, *Stanford Law Review*, vol. 36, pp. 623 e ss., January 1984; *idem*, “Critical Legal Studies: a political history”, *Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1515 e ss., March 1991. Procurando neste último trabalho traçar as linhas em que se cruza o passado com o futuro do CLS, Mark Tushnet confessa a dificuldade que sente em identificar as mesmas, assentando, no entanto, que se trata de um “lugar” político mais do que de um movimento intelectual no direito (que também é). Um lugar político que se vê actualmente ocupado por algumas feministas (“fem-crits”), alguns teóricos preocupados com o papel da raça no direito (“critical race theorists”), um grupo influenciado pelos recentes desenvolvimentos na teoria literária (“pós-modernos”), um grupo de radicais liberais e um grupo que sublinha a importância da estrutura económica no estabelecimento das condições para a tomada de decisões jurídicas (economistas políticos). Três compromissos intelectuais, três proposições sobre o direito, parecem ser basicamente partilhados por aqueles envolvidos no projecto: a ideia de que o direito é, numa certa e interessante medida, indeterminado; a ideia de que o direito pode ser entendido, também numa certa e interessante medida; prestando atenção ao contexto em que as decisões são tomadas; e a ideia de que o direito é política. Ainda assim, o autor reconhece a dificuldade em se rever em muitos dos escritos que sobre o CLS publicam aqueles que ele identifica como *clsers*. Quando estes autores consideram central ao seu entendimento do CLS proposições que ele próprio considera problemáticas, ou quando descartam como irrelevantes propostas que ele considera fundamentais, algo parece não estar bem. “Afinal”, observa, “eu sei que é suposto eu estar associado aos *Critical Legal Studies* de uma forma relevante”. Sobre a questão, ver ainda John HASNAS, “Back to the future: from Critical Legal Studies forward to legal realism, or how not to miss the point of the indeterminacy argument”, *Duke Law Journal*, vol. 45, pp. 84 e ss., October, 1995; Eugene GENOVESE, “Critical legal studies as radical politics and world view”, in Jerry D. LEONARD, ed., *Legal studies as cultural studies. A reader in (post) modern critical theory*, Albany, State University of New York Press, 1995, pp. 269-298; Peter GOODRICH, “Sleeping with the enemy: an essay on the politics of critical legal studies in America”, in *ibidem*, pp. 299-344.

maioria dos autores conotados com o CLS como fruto de fundamentais decisões políticas, tendentes a prosseguir a defesa de interesses e ideologias caros a um determinado modelo de sociedade²⁸⁷. A ordem jurídica, o discurso jurídico, funcionam assim como um instrumento ao serviço da legitimação e preservação de um determinado equilíbrio de forças sociais e políticas, ideia que claramente revela as ascendências marxistas e neo-marxistas de escola²⁸⁸.

Fruto assim da contingência histórica e política, fruto, em última instância, da força e da autoridade, não é possível sustentar a univocidade dos textos jurídicos, ou a existência de uma sua interpretação única e correcta. Mais longe na sua crítica vai Virgínia Wise, ao afirmar que, sendo o Direito, para os membros do CLS, sempre o resultado de tantas contingências históricas, ele não pode nunca sequer ser legitimamente tratado como um corpo separado de conhecimento²⁸⁹. Uma falta de autonomia científica que é reconhecida nos escritos de muitos simpatizantes do CLS. Robin West, que já antes associámos a esta perspectiva, refere a dada altura que “não há verdadeiros direitos, necessidades ou justiça que transcendam a nossa história ou as nossas convenções. Há apenas vontade política: sentida, apreendida e interpretada de mil maneiras diferentes”²⁹⁰.

Se estes - o cepticismo interpretativo, a indeterminação jurídica e a natureza constitutivamente política do Direito - parecem ser traços comuns aos trabalhos desenvolvidos no seio do CLS, a verdade é que pouco mais abona no sentido de uma possível sistematização dos seus conteúdos e das suas metodologias. A diversidade e heterogeneidade teóricas de que se nutrem os seus membros, e que os mesmos vertem em múltiplas pragmáticas, contribuem para a existência de manifestas contradições internas, e também para alguma incerteza quanto aos próprios contornos teóricos do

²⁸⁷ Numa clara referência às ideologias de esquerda que fornecem pressupostos teóricos ao movimento: “o direito não é já neutral, antes desenvolvendo uma legitimação das estruturas sociais existentes”. Cfr. Alberto ANDRONICO, *La decostruzione come método. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 27, n. 26.

²⁸⁸ Pérez Lledó traça a história e a evolução do CLS desde o realismo jurídico até à desconstrução, passando pela teoria social, clássica e contemporânea. Nesta última, inegável contributo foi exercido pelo neo-marxismo e pelo estruturalismo. Cfr. Juan A. PÉREZ LLEDÓ, *op.cit.*, pp. 63 e ss..

²⁸⁹ Cfr. Virgínia WISE, “Of Lizards, Intersubjective Zap, and Trashing: CLS and the Librarian”, *Legal Reference Services Quarterly*, vol. 8, pp. 7-27, 1988, p. 10, *apud* Juan PÉREZ LLEDÓ, *op.cit.*, p. 23.

²⁹⁰ Cfr. Robin WEST, *Narrative, authority & law*, p. 141.

movimento. Daí as dúvidas quanto a saber quem verdadeiramente pertence ou não pertence ao movimento.

Referindo-se à tese da indeterminação como um dos aspectos mais polémicos do CLS, Farber e Sherry estabelecem um paralelismo entre este e o movimento do *legal storytelling*, no sentido de que ambos parecem partilhar uma determinada concepção de linguagem. Apenas para concluírem que, apesar desse ponto comum, os grandes impulsionadores deste último têm sido feministas e teóricos da chamada crítica racial, e não elementos directamente conotados com o CLS²⁹¹. Por outro lado, continuam os autores, “a tese da indeterminação reflecte claramente um cepticismo corrosivo sobre as perspectivas tradicionais do raciocínio e do argumento, tendo este cepticismo criado um espaço onde puderam criar raízes o *storytelling* e outras formas de expressão”²⁹². O que, para além de nos mostrar o enorme potencial encerrado pela crítica indeterminista, que tem vindo a alimentar os pressupostos teóricos de múltiplas escolas e movimentos contemporâneos²⁹³, permite esclarecer um outro elemento da dinâmica do CLS. Um dos aspectos que contribuem para aquela indeterminação do Direito, já apontado pelos realistas norte-americanos, é precisamente o do carácter aberto e flexível das regras jurídicas, função da própria “textura aberta” que caracteriza a linguagem natural que sustenta a linguagem jurídica²⁹⁴. Nesse problema centra Mark Tushnet, um dos mais eminentes representantes do grupo, a sua crítica política. Ao afirmar que o texto nos pode distrair das políticas do Direito, uma afirmação que vem a ser reiterada por West, Tushnet alerta para a necessidade de não perder de vista aquela que é a verdadeira natureza do discurso jurídico, facilmente “decantável” a partir da interpretação dos seus textos²⁹⁵. Que a retórica dos textos não nos distraia da fundamental crítica política que há que fazer do Direito. Uma das, talvez aparentes, contradições do CLS reside aqui.

²⁹¹ Apesar disto, temos que acrescentar que o centro de gravitação do CLS parece ser actualmente ocupado, precisamente, pela pós-modernidade jurídica, pela crítica feminista e pela crítica racial. Cfr., v.g., Mark TUSHNET, “Critical Legal Studies: a political history”.

²⁹² Cfr. Daniel FARBER and Suzanna SHERRY, “Legal storytelling and constitutional law”, in Peter BROOKS and Paul GEWIRTZ, eds., *Law’s Stories. Narrative and rhetoric in the law*, p. 43.

²⁹³ Além de mostrar igualmente que, mais correcto do que falar em tese da indeterminação, sobretudo no contexto do CLS, seria falar em diferentes versões dessa indeterminação. Cfr. Juan PÉREZ LLEDÓ, *op.cit.*, pp. 263 e ss..

²⁹⁴ Cfr. *infra*, sobre Hart e a textura aberta da linguagem do Direito, cap. IV, n. 3 da II Parte.

²⁹⁵ Cfr. Cfr. Mark TUSHNET, “Following the rules laid down: a critique of interpretativism and neutral principles”, *Harvard Law Review*, vol. 96, pp. 781-827, 1982, *apud* Ian WARD *op.cit.*, p. 49.

Não há dúvida que a textualidade da realidade jurídica é ponto de partida para muitas reflexões sobre a natureza e a existência da mesma. A textualidade, a discursividade, a própria linguisticidade fundamental do Direito são o mote de que partem muitos dos seus agentes para sustentar a ideia da indeterminação do Direito. E, como vimos, a própria ideia da natureza política do Direito. Mas há que, posteriormente, ser capaz de abstrair desse ponto de partida, da distração em que o mesmo nos pode fazer incorrer, para não perder de vista a essencialidade daquela crítica política. Como se a desmistificação da importância do texto nos permitisse desvelar a verdadeira natureza política do Direito, aquela com que realmente interessa saber lidar.

O reparo vai especialmente dirigido àqueles que, desenvolvendo os seus trabalhos em simultaneidade temporal com os denominados CLSers, destacam a textualidade do Direito, as suas dimensões narrativa, retórica e argumentativa, tendendo a identificar a interpretação jurídica como momento fundamental da própria constituição do Direito. Não se trata de recusar as íntimas ligações do Direito à política e ao poder. Pelo contrário. Autores como James Boyd White ou Ronald Dworkin não se coíbem de reconhecer no Direito a presença de inevitáveis momentos que identificam como sendo de manifestação do poder político²⁹⁶. O que rejeitam é a ideia de que o Direito se possa reduzir a esses momentos. Rejeitam uma concepção de Direito que o identifique com a política e com o poder. Rejeitam a ideia de que o texto possa não constituir mais do que

²⁹⁶ Dworkin fundamenta o seu não intencionalismo interpretativo com aquilo a que chama a sua hipótese política sobre a interpretação, correlato jurídico da hipótese estética que prevê para a interpretação artística. Se a interpretação literária procura ver cada trabalho como a mais valiosa obra de arte, e deve por isso atender a aspectos formais de identidade, coerência e integridade, tanto como a considerações mais substantivas de valor artístico, uma interpretação da prática jurídica que seja plausível deve igualmente satisfazer interesses de ordem prática ao mesmo tempo que revela o valor do objecto interpretado. Um valor que não pode, aqui, ser artístico porque, ao contrário da literatura, o direito não é uma obra de arte. O Direito é um edifício político cujo objectivo geral é, quando muito, o de coordenar os esforços sociais e individuais, ou resolver disputas sociais e individuais, ou garantir a justiça nas relações entre cidadãos ou entre estes e o seu governo. Daí que “uma interpretação de qualquer campo ou divisão do direito tenha que mostrar o valor desse campo jurídico em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política que aquele pode ser levado a servir”. Este é, talvez, o texto de Dworkin em que ele mais claramente expõe a sua concepção do direito como romance em cadeia, sublinhando a necessidade de encarar a interpretação como não intencionalista. Cfr. Ronald DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, Part Two, “Law as interpretation”, n. 6 “How law is like literature”, pp. 158 e ss.; também publicado em Lenora LEDWON, ed., *Law and Literature. Text and Theory*, pp. 29 – 46.

um disfarce, uma camuflagem daquela natureza política do Direito. Ao invés, acentuam a importância de que se revestem, para a própria natureza do Direito, os aspectos textual, discursivo e cultural em que o mesmo se manifesta. Uma importância que conduz à particular valorização no seio da realização do Direito dos momentos interpretativos. A exigência de determinação de sentidos normativos imposta por qualquer texto jurídico, entendido este em sentido lato, confere indubitavelmente ao momento interpretativo da realização do Direito um relevo verdadeiramente constitutivo da sua juridicidade. Estas doutrinas, que poderíamos designar interpretativistas²⁹⁷, têm vindo a ser largamente desenvolvidas e trabalhadas no seio dos estudos interdisciplinares de Direito e Literatura, que pretendem, por outro lado, traçar pontes entre a própria interpretação textual literária e a jurídica. Tendo a teoria literária uma maior tradição de investigação no domínio da interpretação, e assumidas as afinidades existentes entre os dois domínios discursivos, pretende-se em grande medida verter resultados obtidos por esta no domínio da teoria e metodologia jurídicas²⁹⁸. Pretende-se aprofundar o entendimento que da interpretação dos textos jurídicos nós temos a partir do congénere trabalho desenvolvido no seio da teoria literária. Não devemos deixar de acrescentar que muitos dos trabalhos desenvolvidos à sombra do movimento do Direito e Literatura, nas suas várias vertentes, tem como principal objectivo a aproximação, ou melhor, re-aproximação, do Direito às suas congéneres ciências humanas. E isto com o

²⁹⁷ West reconhece que o debate se trava, actualmente, entre as várias correntes interpretativistas, das objectivistas às subjectivistas, e não entre interpretativismo e não interpretativismo. Embora ela se mostre contrária a ambas as formas de interpretativismo, constata a opção maioritária a favor deste em geral. Na sua opinião, a analogia entre direito e literatura, em que se baseia grande parte do interpretativismo moderno, embora frutífera, foi longe demais. “Apesar de uma similitude superficial com a interpretação literária, a adjudicação não é, fundamentalmente, um acto interpretativo, seja ele de natureza objectiva ou subjectiva; a adjudicação é um acto imperativo. A adjudicação é formalmente interpretativa, mas substancialmente é um exercício de poder, ao contrário dos actos verdadeiramente interpretativos, tais como as interpretações literárias. A adjudicação tem, de longe, mais em comum com a legislação, ordens executivas, decretos administrativos, do que com outras coisas que fazemos com palavras, tais como criar e interpretar romances”. Cfr. Robin WEST, *Narrative, authority & law*, cap. 3 “Adjudication is not interpretation”, *max.* pp. 93 e ss..

²⁹⁸ Cfr., entre outros, Andrei MARMOR, *Law and interpretation. Essays in legal philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1997; Guyora BINDER / Robert WEISBERG, *op.cit.*; Michel ROSENFELD, *Just interpretations. Law between ethics and politics*, Berkeley, University of Califórnia Press, 1998; Gregory LEYH, ed., *Legal Hermeneutics. History, theory and practice*, Berkeley, University of Califórnia Press, 1992.

intuito não apenas de, efectivamente, restabelecer o devido estatuto do Direito enquanto ciência humanística, mas também, de um ponto de vista mais activo, de contestar o êxito que um outro domínio interdisciplinar foi simultaneamente alcançando. Estamos a referir ao movimento do Direito e Economia, ou *Law and Economics*, encabeçado, muito curiosamente, por um autor também ele muito fecundo no domínio do Direito e Literatura: Richard Posner. Posner, magistrado de renome na jurisprudência norte-americana, surge a partir de dada altura como um dos nomes mais correntemente associados ao movimento do Direito e Literatura. E isto apesar das suas inclinações teóricas o levarem com frequência a contrariar as premissas e os resultados obtidos no seio daquele²⁹⁹. Não deixando de distinguir a natureza da interpretação jurídica da natureza da interpretação literária, ele reconhece no entanto toda a carga retórica e argumentativa de que partilham os textos literários e os jurídicos. E identifica tanto o crítico literário como o jurista com atentos e escrupulosos leitores de textos. De diferentes tipos de texto, o que o faz sustentar a ideia segundo a qual o Direito nada tem a ganhar com a teoria literária, já que as intenções que presidem a ambas as leituras são radicalmente distintas. Como radicalmente distintos são os resultados de cada uma dessas leituras, e radicalmente distinta é a própria razão que preside à elaboração dos diferentes tipos de texto. A verdade, não obstante todos os argumentos, é que ainda que

²⁹⁹ O desempenho do magistrado Richard Posner na evolução dos estudos de Direito e Literatura tem sido muito curioso. Jurista comprometido, desde o início, com a vertente economicista dos estudos jurídicos, a sua atitude para com o movimento do direito e literatura pautou-se, também desde o início, pela crítica. As funções sociais e as consequências implicadas na leitura e composição de textos jurídicos ou literários são tão diferente que os métodos empregues num e noutro domínio têm que, necessariamente, reflectir essa diferença. Têm que reflectir, entre outros aspectos, a dimensão de poder que sempre está presente no ofício do jurista e que não existe, entende Posner, na literatura. Mas o facto é que o próprio não deixou de se ir rendendo, aqui e acolá, aos cantos da sereia, reconhecendo potencial àquela particular plataforma interdisciplinar. Sobretudo no que ao emprego da retórica e de recursos linguísticos diz respeito. Mas não só. De tal forma que pode ser considerado um dos autores que mais fez em prol da divulgação e do crescimento do movimento. Cfr. Richard POSNER, *Law and Literature*; *idem*, “Law and Literature: a relation reargued”, *Virginia Law Review*, vol. 72, n. 8, November 1986; *idem*, *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995; *idem*, “Legal Narratology”, *University of Chicago Law Review*, vol. 64, pp. 737 e ss., Spring, 1997. Uma interessante recensão crítica à primeira edição de *Law and Literature. A misunderstood relation* (sub-título que desaparece na 2.ª edição), é apresentada por David Ray PAPKE, “Problems with an uninvited guest: Richard A. Posner and the law and literature movement”, *Boston University Law Review*, vol. 69, pp. 1067 e ss., November, 1989.

seja para se demarcar de certas posições, Posner tem contribuído dedicadamente para um profundo enriquecimento dos estudos jurídico-literários. Pelo brilho das suas exposições, pela sabedoria e ponderação das suas análises, pela pertinência das suas observações. Um contributo que se fez sentir particularmente no seio dos estudos hermenêuticos jurídico-literários.

Robin West considera este como um dos mais promissores projectos em que o movimento do Direito e Literatura se envolveu; pelo menos, aquele que maior número de participantes reuniu e que mais debate académico gerou. À ideia defendida pelo CLS, e não só pelo CLS, de que o discurso jurídico em última instância não se distingue do discurso político, e de que o Direito corresponde constitutivamente ao exercício de um poder político, autores como Owen Fiss, Ronald Dworkin ou mesmo Stanley Fish contrapõem a natureza basicamente interpretativa do Direito. Um Direito feito de linguagem, que se verte em discursos e em textos que revelam o seu sentido nos particulares processos hermenêuticos a que são submetidos. A interpretação assume nas mãos destes, e doutros autores, uma dimensão verdadeiramente criadora. E criadora de sentidos jurídicos, de normatividade jurídica, no caso do Direito.

É a este propósito que West e Tushnet alertam contra a distração que o texto pode constituir. Diz-nos a primeira que a analogia entre o Direito e Literatura foi longe demais; que, embora frutífera, levou os teóricos do Direito longe demais. Porque embora haja “semelhanças superficiais” entre ambas, a actividade jurídica, nomeadamente a actividade judicial, podendo formalmente conceber-se como uma actividade interpretativa, é verdadeiramente um exercício de poder. É, substantivamente, um acto imperativo, ao contrário do que acontece com os actos interpretativos que têm lugar na actividade literária. Apesar das similitudes, o facto de as interpretações levadas a cabo no plano judiciário gozarem da autoridade e da coercitividade que são conferidas pelo apoio do poder estatal torna-as sem dúvida alguma distintas das que acontecem no plano literário.

Um dos mais aclamados arautos desta radical distância que separa a interpretação jurídica da literária, sem conotações explícitas ao CLS, é o já falecido autor norte-americano Robert Cover³⁰⁰. Cover, cuja não demasiado vasta obra tem sido debatida e discutida até hoje pelos mais variados quadrantes intelectuais da cena jurídica anglo-americana, e não só, parece concitar opiniões e sentimentos muito distintos e muito

³⁰⁰ Cover faleceu em 1986, aos 42 anos de idade.

dísparos. Apesar de não ter deixado uma extensa obra escrita, o dramatismo das ideias que defendeu e a expressividade e intensidade com que o fez, transformaram-no em verdadeiro símbolo de certos sectores da doutrina jurídico-política norte-americana. Politicamente empenhado em muitas contendas, académicas e não académicas, auto-proclamado anarquista e declaradamente avesso à autoridade, as suas ideias fundamentais concentra-as em dois escritos intitulados *Nomos and Narrative* e *Violence and the Word*³⁰¹. Ideias fundamentais que se desenvolvem com frequência em sentido paradoxal, talvez num reflexo de tudo aquilo que não pode deixar de ser paradoxal na existência do Direito. É difícil ler os textos de Cover sem dar conta das constantes contradições em que incorre, ora afirmando uma coisa, ora deixando claramente entender a oposta. A tese mais frequentemente assacada a Cover inscreve-a ele no lapidar início de *Violence and the Word*: “a interpretação jurídica acontece num campo de dor e de morte”³⁰². Como resultado da actuação de um juiz, continua o autor, da leitura que este fizer de determinados textos, do entendimento que tiver dos mesmos, alguém perderá os seus filhos, a sua propriedade, a sua liberdade, e talvez mesmo a sua vida. A actividade interpretativa do jurista, que Cover reconhece como sendo de fundamental relevo na constituição do Direito, tem uma tradução inevitável em actos violentos. Cover não deixa de se mostrar receptivo quanto às concepções de direito expendidas quer por Dworkin, em *Law’s Empire*, quer por White em *Heracle’s Bow*³⁰³. Não rejeita a essencialidade para o Direito dos processos interpretativos e não nega “que o Direito seja todas essas coisas que White pretende que ele seja”, nomeadamente um sistema de retórica constitutiva³⁰⁴. Insiste, no entanto, em defender que todos esses aspectos só fazem sentido no contexto da prática social organizada da violência com que identifica o Direito. Como muito bem adverte Martha Minow, para Cover a ordem tem forçosamente que se identificar com algum grau de violência³⁰⁵. Qualquer ordem normativa, qualquer sistema ordenado, criado a partir de comunidades divergentes e

³⁰¹ Textos incluídos em Martha MINOW, Michael RYAN and Austin SARAT, eds., *Narrative, violence and the law. The essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995.

³⁰² Cfr. *ibidem*, p. 203.

³⁰³ Cfr. Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, trad. esp., Barcelona, Gedisa, 1992, 2.ª ed.; James Boyd WHITE, *Heracle’s Bow*.

³⁰⁴ Cfr. Robert COVER, “Violence and the word”, in Martha MINOW, Michael RYAN and Austin SARAT, eds., *op.cit.*, cap. 5, p. 204, nota 2.

³⁰⁵ Cfr. Martha MINOW, “Introduction”, *ibidem*, pp. 6 e ss..

conflituantes, corresponde ao apagamento ou inferiorização de outras comunidades normativas. E nessa medida implica violência. A actividade do juiz, ou do tribunal, é por Cover vista igualmente nestes termos. Ao fazer valer o Direito de um Estado, um magistrado está necessariamente a contribuir para a destruição de universos normativos alternativos, de tradições jurídicas várias³⁰⁶. A violência judicial, e da interpretação judicial, opera pois a vários níveis. “Quando os intérpretes acabam o seu trabalho, deixam frequentemente para trás vítimas cujas vidas foram desfeitas por estas práticas sociais organizadas de violência”³⁰⁷. Com isto deixa o autor bem clara a radical separação que entende existir entre interpretação jurídica e interpretação literária, entre textos jurídicos e textos literários, entre Direito e Literatura, em suma. Em causa está a estrutural natureza violenta da realidade jurídica. Uma natureza presente, em maior ou menor grau, em qualquer manifestação dessa mesma realidade jurídica.

Como antes referíamos, no entanto, não deixa de escapar a quem leia atentamente os textos de Cover o estranho dualismo em que as suas ideias se parecem mover. É como se tentasse pintar um determinado retrato, tentando convencer-nos da fidelidade do mesmo, mas não conseguisse conter certas inconfidências relativamente a uma realidade que não lhe suscita grandes dúvidas. “Os juízes são pessoas de violência. Por causa da violência que ordenam, os juízes tipicamente não criam Direito, mas matam-no”. “Mas os juízes também são gente de paz”, “e asseguram uma função regulativa que permite uma vida de Direito em vez de violência. A medida da violência que poderiam ordenar (mas que geralmente não ordenam) corresponde à medida da paz e do Direito que constituem”³⁰⁸. Os dois valores que permanentemente se debatem no pensamento

³⁰⁶ Embora sem vínculo directo, assumido, ao CLS, Cover poderia ser considerado desconstrucionista do direito. Partilharia, certamente, daqueles três compromissos intelectuais a que se referia Tushnet em “Critical legal studies: a political history”.

³⁰⁷ Cfr. *ibidem*, p. 203.

³⁰⁸ Cfr. Robert COVER, “Nomos and narrative”, in *ibidem*, cap. 3, p. 155. Cover refere-se à função dos juízes e dos tribunais como sendo *jurispathic*, destacando a coercibilidade que caracteriza o terreno em que as interpretações que levam a cabo acontecem. “Num mundo imaginário em que a violência não tivesse lugar, o Direito desenvolver-se-ia exclusivamente a partir do impulso hermenêutico – a necessidade humana de criar e interpretar textos. (...) Mas o princípio jurígenético através do qual o sentido jurídico prolifera em todas as comunidades nunca existe isolado da violência. A interpretação acontece sempre sob a sombra da coerção. E a partir deste facto podemos vir a reconhecer um papel especial para os tribunais. Os tribunais, pelo menos os tribunais do Estado, são caracteristicamente «jurispáticos»”. Cfr. *ibidem*, p. 139. Numa recensão crítica ao texto de Cover, traduzido para espanhol em

de Robert Cover são a liberdade humana que reputa de primordial e a necessidade de ordem que não consegue de modo algum elidir. Para preservar essa mesma liberdade, para assegurar a sobrevivência das comunidades plurais que tanto preza, Cover é intimamente forçado a, nas palavras de Austin Sarat, reconciliar-se “com a violência do direito, entendida como uma trágica necessidade”³⁰⁹. Mas uma violência que ele entende ameaçar constantemente os mais caros valores representados pelo Direito³¹⁰.

Por outro lado, embora criticando o facto de ignorarem a ligação da interpretação e retórica jurídicas à faceta violenta do direito, mostra concordar com o fundamental das teses interpretativistas. Corroborando uma observação do juiz Brandeis, afirma, no entanto, a dada altura, que a dimensão coerciva do direito é ela mesma destruidora da possibilidade de interpretação³¹¹. A violência não permite a construção de sentidos, acaba com o diálogo, põe fim à interpretação. Mas como pode então a interpretação jurídica desenvolver-se num campo de dor e de morte?

Em *Nomos and Narrative*, concebe a construção e preservação de universos normativos, de comunidades normativas, através da partilha de determinados compromissos interpretativos. Mas uma qualquer ordem normativa, segundo o próprio, tem que assentar em práticas organizadas de violência. E a violência destrói a possibilidade de interpretação...

Numa recensão crítica à obra de Cover, Jonathan Simon censura não só a simplificação da noção de violência a que Cover indevidamente procede, como a sobre-

2002, Calvo González sugere que *jurispathic* se traduza não por “jurispático” mas antes por “jurispatético”, expressão que melhor se adequaria ao teor da expressão inglesa. Cfr. Robert COVER, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. esp. Christian Courtis, Barcelona, Gedisa, 2002.

³⁰⁹ Cfr. Austin SARAT, “Robert Cover on Law and Violence”, in Martha MINOW, Michael RYAN and Austin SARAT, eds., *op.cit.*, p. 255.

³¹⁰ Noutro texto, o próprio Sarat reconhece que a violência de que o direito depende ameaça sempre os valores que o próprio direito representa. Mas, ao mesmo tempo que constata que o direito é impensável sem violência, mostra também que se o direito não fosse senão violência, não seria sequer direito. Cfr. Austin SARAT, “Situating law between the realities of violence and the claims of justice: an introduction”, in Austin SARAT, ed., *Law, violence and the possibility of justice*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 3.

³¹¹ Cfr. Robert COVER, “Nomos and narrative”, in Martha MINOW, Michael RYAN and Austin SARAT, eds., *op.cit.*, p. 148.

valorização que opera do fenómeno da violência no seio do Direito³¹². Não podíamos estar mais de acordo. A comparação que leva a cabo entre o discurso que leva ao encarceramento de um arguido e os gritos de fundo e os instrumentos de tortura presentes num interrogatório da inquisição são apenas uma ténue mostra disso. Censurável nos parece também um outro vício em que se nos afigura ter incorrido o professor de Yale. Ao referir-se ao Direito, Cover tem claramente em mente um específico ordenamento jurídico, uma específica tradição judiciária. Confundir o Direito, com letra maiúscula, a realidade jurídica, com um determinado sistema positivo de Direito leva-o talvez a generalizar certas conclusões cuja validade se deveria aferir apenas em função de contextos mais restritos. O dramatismo que põe na sua apreciação da natureza da interpretação jurídica, como operando num campo de dor e de morte, terá, apesar de tudo, mais que ver com um sistema jurídico positivo que consagre, desde logo, pena de morte e prisão perpétua do que com um que tenha os 25 anos como limite máximo de uma pena privativa de liberdade. E isto no que toca ao direito penal, que, naturalmente, não esgota a totalidade da realidade e da vida do Direito. Devemos confessar que não é só a ideia de violência, e da sua relação com o direito e com a interpretação jurídica, a que nos parece viciada por Cover. A sua é uma visão que nos parece partir de uma ideia errada de Direito, do ser do Direito. Da sua ontologia. Ficamos com a dúvida se um tal desvio acontece de modo inconsciente, se consciente, mas inconfessadamente. Ou talvez nem isso. Talvez as incongruências a que nos fomos referindo mais não sejam do que uma confissão. Embora concordando, manifestamente, com a perspectiva defendida (às vezes...) por Cover sobre as relações do Direito com a violência, questionando o papel desempenhado por essa violência para a realização da justiça no e pelo Direito, Sarat reconhece que “Cover não tinha nem uma tal romântica aversão à violência nem uma tal simpatia pela liberdade em detrimento da ordem (...) Na verdade, Cover não era nenhum anarquista... Enquanto se denominava anarquista, como forma de anunciar a sua simpatia pela liberdade, pela diversidade e pelo sentido, como qualquer liberal ele reconhecia a necessidade do Estado e do seu Direito”. Para Sarat, as ideias de Cover reafirmam e redescrevem aquilo a que Unger chamou as “antinomias do pensamento liberal”³¹³.

³¹² Cfr. Jonathan SIMON, “The vicissitudes of law’s violence”, in Austin SARAT, ed., *Law, violence and the possibility of justice*, pp. 17 e ss..

³¹³ Cfr. Austin SARAT, “Robert Cover on Law and Violence”, in Martha MINOW, Michael RYAN and Austin SARAT, eds., *op.cit.*, pp. 264-265.

De uma forma ou de outra, a verdade é que Cover, tal como outros autores, alguns com assumidas ligações ao CLS, fez incidir as atenções na distração que o texto podia constituir para um estudo autêntico da natureza jurídica. Não que com essa atitude contribuisse de algum modo para uma aproximação dos não iniciados ao mundo do Direito. O objectivo era antes o de mostrar que essencial para a vida do Direito, e essencial para quem quisesse conhecer a realidade jurídica, era a sua íntima dimensão política. Atentar nas questões linguísticas, textuais ou discursivas do Direito poderia, quando muito, conduzir a essa dimensão, contribuir para a sua exposição. A distância manter-se-ia, agora com uma determinada justificação.

Por outro lado, os esforços daqueles que pretendiam, e porventura podem ainda pretender, através de uma simplificação da linguagem jurídica, eliminar o fosso entre leigos e juristas, anular o privilégio daqueles que se arrogam o exclusivo conhecimento dos mecanismos e dos textos do Direito, tornando-o mais acessível a todos os seus destinatários, não parecem no entanto votados a grande sucesso. E isto desde logo pelo facto de a linguagem jurídica ter como fundamental suporte a própria linguagem comum, com a sua natural textura aberta, com a sua natural indeterminação. A própria natureza da linguagem comum, como já vimos, obsta à existência de sentidos inequívocos. Este foi um dado negligenciado por tentativas como as levadas a cabo pelo *Plain English Movement*³¹⁴.

Mas não é apenas a natural riqueza e complexidade da linguagem natural que dificulta a compreensão dos discursos jurídicos. Temos vindo a analisar precisamente os aspectos mais subtis, e também mais substantivos, em que se verte parte dessa ininteligibilidade. Referindo-se a declarações proferidas por George Gopen, segundo as quais a impenetrabilidade da linguagem jurídica é mantida pela classe como forma de impressionar clientes, mantendo assim o estatuto e podendo reclamar mais dividendos financeiros, Solan acredita que o medo de abandonar fórmulas de sucesso e a própria inércia têm sido os principais motores desse estado de coisas³¹⁵.

³¹⁴ Um aspecto que foi destacado, desde logo, por Brenda Danet, no texto já referenciado.

³¹⁵ Cfr. Lawrence SOLAN, *The language of judges*, p. 133. O receio de abandonar fórmulas de sucesso como justificação da preservação da impenetrabilidade da linguagem jurídica é por Solan reconduzido a Mellinkoff, que por seu turno nos diz, a certa altura: “os advogados foram aconselhados a usar palavras simples, palavras curtas e frases curtas, a escrever de modo directo, sensível, de modo simples, claro, sucinto, interessante, enérgico. Foram aconselhados a evitar a verbosidade, palavras caras e linguagem desnecessariamente envolvente e prolixa. Disseram-lhes que tornassem a sua linguagem inteligível. Na

Embora concordando com esta análise, estamos também em crer que aquilo que fundamentalmente determina o carácter menos claro da linguagem jurídica é aquele discurso invisível de que falava White. Um discurso feito de convenções partilhadas, de práticas e usos ancestrais, reflexo da partilha de uma cultura muito própria. No caso do Direito, uma cultura procedimental e argumentativa. Um discurso e uma cultura de que faz também parte aquela dimensão política que marca indelevelmente o ser do Direito. Mas não só, nem talvez predominantemente.

8. Direito e cultura (popular). Ainda as virtudes pedagógicas do Direito e Literatura

Reflexo de uma cultura, o discurso jurídico imprime-se igualmente nessa mesma cultura circundante. É parte dela, como produto, absorvendo os seus valores, as suas ideias e os seus ideais, mas não deixa também de ser seu motor, seu substrato. As suas conquistas e os seus fracassos contribuem igualmente para os contornos dessa cultura. Nada disto é novo, e tivemos já oportunidade de o referir. Há, no entanto, algo na actual interpenetração habitual entre os universos cultural e jurídico que pode ser mais inquietante, talvez pela força gravitacional de que este universo cultural hoje se reveste. Um fenómeno que pode ter, no presente, uma maior visibilidade em países como os Estados Unidos, mas que, por várias razões, não deixa já de se fazer sentir entre nós. Até pela influência a que estamos sujeitos por parte desta mesma invasiva cultura popular norte-americana, que produz filmes, séries televisivas, documentários e revistas que diariamente entram nas nossas casas, nas nossas salas de cinema ou nos nossos computadores³¹⁶.

altura em que apareceram estatutos a impor aos «juristas» que fizessem as suas alegações curtas, simples, concisas e directas, os advogados já tinham desenvolvido uma natural imunidade a este tipo de inócuas cotoveladas. Acenaram, concordando, e continuaram a fazer as coisas como sempre as tinham feito”. Cfr. David MELLINKOFF, *Language of the law*, pp. 287-288.

³¹⁶ Quanto aos retratos do Direito, dos juristas e das instituições jurídicas que a mediatizada cultura popular veicula, para o público em geral, cfr. J. Thomas SULLIVAN, “Symposium: an introduction to imagining the law: lawyers and legal issues in the popular culture”, *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, vol. 25, pp. 439 e ss., Spring 2003. Quanto ao impacto que essa imagem, apresentada pela cultura popular através de filmes, televisão ou outra ficção, tem no comportamento dos juristas e

Numa obra que, independentemente das críticas negativas que lhe têm sido assacadas, nos parece um marco importante no seio dos actuais estudos sobre as relações entre Direito e cultura popular, Richard Sherwin lança vários alertas³¹⁷. Como produto e produtor da cultura dominante, o Direito não escapa às forças que se movimentam e que transformam a face da cultura em geral, nas suas mais variadas manifestações. Não restam dúvidas quanto ao facto de o século XX ter assistido a uma profunda transformação cultural, fruto predominantemente do acesso generalizado aos mais sofisticados meios tecnológicos de comunicação. O texto escrito, enquanto fundamental meio de transmissão de ideias e de conhecimentos vai, cada vez mais, para mágoa de muitos, dando lugar à força impressiva e fácil da imagem, do audiovisual. Um audiovisual dominado por uma lógica muito própria, em que imperam os valores e os interesses de um competitivo mercado de massas em que tudo parece transaccionável. Num processo gradual que se vai generalizando, estes meios de comunicação social acabam por ser responsáveis não só pelas ideias e pelo conhecimento que se tem de uma certa realidade, como também pelos próprios processos e mecanismos de pensamento e de percepção. A eles se pode, a dada altura, imputar toda uma estrutura padronizada de compreensão, todo um conjunto de competências que permitirão entender e classificar a experiência. A lógica com que pensamos e ordenamos a realidade circundante acaba por ser aquela que nos é quotidianamente transmitida por estas fontes. Fontes de sentido e fontes também dos próprios instrumentos com que fazemos sentido. Fontes daquela a que chamamos cultura popular.

Aquilo que Sherwin nos mostra são os modos em que esta invasiva cultura popular penetra o mundo e a vida do Direito contemporâneo, obrigando qualquer estudo sobre o mesmo a uma cuidada consideração. A partir daí, o autor procede a uma magistral análise das ligações potencialmente perigosas que actualmente se estabelecem entre o universo jurídico e a chamada cultura popular. Cultura popular que tem nos

instituições jurídicas reais, cfr. Paul JOSEPH, “Law and popular culture: introduction”, *Nova Law Review*, vol. 24, pp. 527 e ss., Winter 2000. Um trabalho interessante sobre o valor pedagógico desta cultura jurídica popular, enquanto ponto de partida para falar de identidade profissional e profissionalismo dos juristas, é o de Alexander SCHERR / Hillary FARBER, “Popular culture as a lens on legal professionalism”, *South Carolina Law Review*, vol. 55, pp. 351 e ss., Winter 2003, *max.* pp. 353-355.

³¹⁷ Cfr. Richard SHERWIN, *When law goes pop. The vanishing line between law and popular culture*, Chicago, Chicago University Press, 2000.

meios de comunicação audiovisuais o seu primordial agente de difusão. E cultura popular que o autor vê, desde logo, como ordem simbólica³¹⁸. Ao alcançar os níveis de difusão que actualmente alcança, esta ordem simbólica pode promover alguma erosão de crenças que são fundamentais para a generalidade das pessoas conseguir diferenciar a verdade da ficção e a imagem da própria realidade. Esse é o grande receio manifestado por Sherwin, quem no entanto reconhece igualmente a tremenda permeabilidade do Direito à ficção, agora como sempre³¹⁹. “A cultura fornece os signos, as imagens, as histórias, as personagens, as metáforas e os cenários, entre outro material familiar, com os quais damos sentido às nossas vidas e ao mundo à nossa volta. Ser parte de uma comunidade significa que temos percepção ou interpretamos os acontecimentos em modos que se vão sobrepondo, usando instrumentos e materiais cognitivos e culturais partilhados. O direito é uma dessas comunidades, com os seus próprios materiais e instrumentos preferidos de análise, as suas próprias práticas e hábitos mentais. Mas também acontece que as histórias e imagens do Direito são largamente filtradas para a cultura em geral. Desta forma, o direito é um co-produtor da cultura popular”³²⁰. Parece realmente inegável a importância das histórias do Direito e da vida judiciária na conformação da cultura popular. Diariamente temos filmes, séries televisivas e blocos noticiosos que se alimentam visivelmente desse material. E se este fenómeno, como já vimos, é mais facilmente perceptível em países com sistemas de tradição jurídica anglo-americana, nomeadamente nos Estados Unidos da América, onde com frequência os julgamentos são transmitidos em directo pelas cadeias televisivas, não deixa de ser uma realidade em países como o nosso, em que cada vez mais os telejornais abrem com notícias relativas a concretos momentos da actividade judicial. Mas não só a este nível se manifesta esta forma de osmose. Sherwin lembra mais do que uma vez as palavras de Alexis de Tocqueville que, referindo-se às importantes influências exercidas pelo direito na cultura americana, observa que é raro haver nos Estados Unidos uma questão política que mais cedo ou mais tarde não se transforme numa questão judicial³²¹. *De la démocratie en Amérique*, a mais importante obra publicada por Tocqueville, viu a luz do dia pela primeira vez em 1835, mas a verdade é que aquela observação não só se mantém actual como se generalizou em diversos sentidos. Não é só nos Estados Unidos

³¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 5 e 15 e ss..

³¹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 4.

³²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 5.

³²¹ Cfr. *ibidem*, p. 36.

que as questões políticas frequentemente se convertem em questões judiciais, e não são já apenas as questões políticas, mas um grande número de questões sociais e económicas das nossas actuais sociedades aquelas que, com facilidade, deslizam para o domínio judicial. Digamos que, tal como para a actual cultura, popular, tudo parece comercializável, para o actual estado de coisas jurídico, tudo parece judiciarizável. O direito e a cultura surgem como duas realidades invasivas nas actuais sociedades, que mutuamente se influenciam e se co-determinam.

Numa tentativa de mais claramente identificar o que entendem por cultura popular, Asimov e Mader contrapõem àquela noção a de “cultura superior”³²². Enquanto esta diz respeito a trabalhos produzidos e comercializados para o consumo de elites, trabalhos que se pretende que tenham um valor duradouro e não meramente transitório, da cultura popular, pelo contrário, fazem parte os trabalhos comercialmente produzidos para o entretenimento de audiências de massas. Trabalhos em relação aos quais os próprios produtores partem do princípio que rapidamente serão esquecidos e sairão de circulação. Infelizmente, são estes trabalhos que acabam por conformar todo um imaginário comum, partilhado, que fornece às pessoas não só a informação necessária para lidar com as experiências do quotidiano, como também os instrumentos de compreensão, de análise, dessa mesma experiência. Aquilo a que Jerome Bruner dá o nome de “caixa de ferramentas comunal”³²³, expressão que com frequência Sherwin transforma em “caixa de ferramentas cultural”³²⁴. É ainda Sherwin que identifica esta cultura como sendo os nossos olhos e os nossos ouvidos, na medida em que “aquilo que reconhecemos por entre o fluxo de acontecimentos à nossa volta, recapitula aquilo que somos já capazes de conhecer. Estamos sempre a excluir o inessencial, não familiar, para o que nenhuma palavra ou categoria nos preparou”. Por outras palavras, a cultura

³²² Cfr. Michael ASIMOV & Shannon MADER, *Law and popular culture. A course book*, New York, Peter Lang, 2004, pp. 4 e ss.. Uma clarificação com a qual Sherwin não parece muito preocupado, como faz questão de apontar, desde logo, James Elkins, na recensão escrita que faz a *When Law Goes Pop*. Elkins realça precisamente os métodos pouco académicos com que Sherwin procede às suas análises e aos seus diagnósticos jurídico-culturais. Cfr. James ELKINS, “A law culture diagnostic”, *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 8 (1), pp. 48-57, 2001.

³²³ Cfr. Jerome BRUNER, *Acts of meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 21, *apud* Richard SHERWIN, *op. cit.*, p. 18.

³²⁴ Cfr. *ibidem*, por exemplo, p. 21.

empresta-nos olhos e ouvidos, ensinando-nos a perceber, a falar, a pensar, e mesmo a sentir³²⁵.

Um outro aspecto, daqui decorrente, para o qual importa chamar a atenção, é o seguinte. Tivemos oportunidade já de referir a importância que para o desenvolvimento e realização do Direito têm as histórias que no seu seio vão sendo contadas. A narrativização do discurso judiciário, sobretudo deste, é uma realidade que é hoje difícil escamotear. À linguisticidade desse discurso importa não apenas o valor das narrativas como o da própria retórica, enquanto arte de persuasão, instrumento fundamental do discurso argumentativo, estrutural ao Direito. E aqui, a este respeito, não pode deixar de se fazer notar o reflexo exercido pelas transformações culturais no plano do desenvolvimento do Direito. Porque as histórias contadas no seio deste, se quiserem ter algum eco, têm forçosamente que reflectir essas transformações. Na prática, o Direito é moldado, naturalmente, pela sua cultura própria, especializada, com as suas particulares formas de pensar e de falar sobre a realidade. É conformado pelos elementos que fazem parte daquele discurso invisível a que antes nos referimos. Mas não deixa de ser menos determinado por toda aquela cultura popular, massificada, que caracteriza a vida contemporânea. Assim, se os advogados querem convencer alguém de alguma coisa, se querem ser persuasivos perante magistrados, partes, e mesmo perante o público, têm que ir ao encontro dos formatos cognitivos e narrativos das audiências que enfrentam. A lógica das suas narrativas tem que encontrar a lógica das histórias com que o público está mais familiarizado. Para haver verdadeira comunicação, e efectiva persuasão, a algum nível tem que haver consonância entre o discurso judicial e as histórias e imagens populares que as pessoas transportam consigo. “Persuasão e crença, neste sentido, são muitas vezes uma questão de confirmar aquilo que as pessoas já sabem, ou de encaixar nova informação em padrões de sentido que já são familiares”³²⁶.

O problema põe-se quando atentamos verdadeiramente nos parâmetros daquela que actualmente designamos como cultura popular. Uma cultura que além de ser invasiva, de chegar a todos, a todo o lado, com extraordinária rapidez e óptimas condições de acessibilidade, exerce uma avassaladora força atractiva. O apelo às

³²⁵ Num processo que em muito faz lembrar a circularidade hermenêutica da compreensão de Gadamer. Cfr. *ibidem*, p. 141. Para compreender a relação entre direito e cultura, ver também Naomi MEZEY, “Approaches to the cultural study of law: law as culture”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 13, pp. 225 e ss., Winter, 2002.

³²⁶ Cfr. *ibidem*, p. 25.

emoções fortes, a rápida gratificação e satisfação de desejos e fantasias, realizado largamente através do poder da imagem, afastam consumidores da experiência vivida e transformam gradualmente as suas noções da realidade. Aquilo que a certa altura as pessoas conhecem do direito, da política, e mesmo das relações sociais, chega-lhes através dos meios de comunicação audiovisual, através do consumo desta cultura popular. Mas toda esta cultura tem por trás uma lógica bem determinada, bem orientada. Uma lógica de mercado, que alimenta a produção de determinado tipo de bens de consumo, em obediência a modelos próprios de verdade e de razão, de direito e de justiça. E são precisamente estes modelos que se vão imprimir no imaginário colectivo, na consciência de todos e de cada um. Esta homogeneização de interesses colectivos, de crenças e de preconceitos pode-se revelar altamente pernicioso a nível das próprias instâncias de legitimação da ordem jurídica que, como vimos, tende a harmonizar-se com este pensar comum.

É frequente encontrar no primeiro ano das escolas de direito portuguesas oitenta por cento de alunos convencidos que os tribunais de júri são a regra entre nós. É mais do que convencidos que na preparação de um caso o advogado investiga tanto como as forças policiais, contactando com as testemunhas e preparando os seus depoimentos³²⁷. Claro que os filmes e os programas de televisão a que assistem todos os dias têm usualmente a mesma chancela, e claro também, como apontam Asimov e Mader, que os produtores de filmes, por exemplo, sempre distorcem a realidade, nomeadamente a do funcionamento do sistema jurídico, com propósitos dramáticos, comerciais ou ideológicos³²⁸. Quanto daquilo que pensamos e sabemos não obedece àquilo que quem

³²⁷ Como observam Asimov e Mader, a maior parte das pessoas aprende a maior parte daquilo que sabe sobre o direito e os advogados através do consumo da cultura jurídica popular: “(...)a cultura popular muitas vezes convida os espectadores a trabalhar como polícias, jurados, juizes e advogados, permitindo-lhes viver a prática do direito a partir de dentro. Além disso, os espectadores são convidados a tirar conclusões sobre se o direito tal como o vivem nos filmes ou na televisão promove ou destrói a busca pela justiça.... Referimo-nos a este processo como o modo em que as pessoas vulgares constroem a realidade a partir da matéria-prima do material da cultura popular.

O estudo da cultura popular pode-nos ajudar a compreender o direito de modo diferente daquele em que o entenderíamos a partir de leituras de referência como recursos, leis e artigos em revistas jurídicas”. Cfr. Michael ASIMOV & Shannon MADER, *op. cit.*, p. 7.

³²⁸ Neste sentido, os autores distinguem entre uma cultura popular em sentido restrito, referindo-se às obras em que se materializa essa cultura propriamente dita, e uma cultura popular em sentido amplo, expressão com a qual se pretende identificar aquilo que as pessoas concretas realmente fazem e pensam.

está por trás de toda esta máquina comunicativa quer que pensemos e saibamos? E, naturalmente, talvez assim nos impeçam de pensar e saber o que não interessa que pensemos e saibamos.

Todo o poder que é efectivamente exercido por estes meios de comunicação na conformação da cultura popular tem como fundamental corolário, intencional ou não, o empobrecimento da nossa capacidade crítica e de reflexão. Que é também o empobrecimento de visões alternativas que nos permitam ter consciência da complexidade e da riqueza das situações com que nos deparamos quotidianamente. Citando Kenneth Burke, Sherwin refere que “toda a forma de ver é uma forma de não ver”³²⁹. Com efeito, numa lógica bastante desconstrucionista, da realidade que vemos e que pensamos faz parte também aquilo que fica na sombra, e que não devemos deixar de pensar, se queremos aproximar-nos da verdade dessa mesma realidade.

Quando antes nos referíamos ao perigo que para a estabilidade e legitimidade do Direito representa a actual interpenetração entre este e a cultura popular, tínhamos em mente vários aspectos complementares. Por um lado, o facto dessa cultura popular, de certo modo, infectar os sentidos jurídicos, tornando-os mais fluidos e mais vagos do que aquilo que eles poderiam já ser em virtude do seu suporte linguístico. Não são só os sentidos jurídicos a ser negativamente afectados. A própria prudência judicial e o discurso específico em que é suposto esta verter-se, vêem-se desfigurados quando o Direito se torna popular. Quando, nas sugestivas palavras de Sherwin, *law goes pop*³³⁰. A necessidade que advogados e magistrados sentem de ceder à lógica dos *media* para

Os trabalhos de cultura popular, dizem-nos os autores, conseguem, às vezes, esclarecer aquilo que as pessoas concretas realmente fazem e aquilo em que acreditam, ou conseguem pelo menos, mostrar aquilo que os produtores de cultura popular pensam que elas fazem e aquilo em que acreditam. “A cultura popular no sentido restrito não é nunca um reflexo perfeito da cultura popular no sentido amplo”. Cfr. *ibidem*, p. 7.

³²⁹ Cfr. Richard SHERWIN, *op.cit.*, p. 241.

³³⁰ *When law goes pop*, no original. Que poderíamos traduzir por *quando o direito se torna popular*. Mas como diz Sherwin numa entrevista, a analogia está implícita – o que faz um balão quando lhe espetamos um alfinete? *It goes pop*. E aí a tradução daquela expressão mais bem deveria ser *Quando o Direito rebenta*. “A derradeira ameaça ao direito é a da deslegitimação e do desencanto público”. Cfr. Julie SCELFO, “When Law goes pop. Interview with Richard Sherwin”, <http://stayfreemagazine.org/archives/18/sherwin.html>. No mesmo sentido ia já o trabalho de Steve REDHEAD, *Unpopular cultures. The birth of law and popular culture*, Manchester and New York, Manchester University Press, 1995. Para Redhead o Direito tem vindo a desaparecer na (e pela) asfíxiante cultura popular moderna, auto-referencial e saturada de *media*.

assim poder comunicar com os seus interlocutores, ajustando os seus estilos de argumentação aos modos de comunicação com que os seus auditórios estão mais familiarizados, acaba por viciar o delicado equilíbrio de forças que garante a legitimidade e continuidade do sistema jurídico. Um equilíbrio que se tece entre conhecimentos de diversa natureza, entre poderes discursivos, entre múltiplas virtudes. Mais uma vez é a Tocqueville que Sherwin vai buscar o mote. Uma das observações que o autor francês faz em relação ao papel desempenhado pelos advogados na sociedade americana é a de que funcionam, em alturas cruciais da vida de uma nação, como uma importante instância de controlo das desenfreadas paixões e impulsos populares. Pelo distanciamento e pela ponderação que os deve caracterizar. Pelo bom senso que os deve orientar nas suas decisões e na sua actividade em geral³³¹. E isto, acrescentamos nós mais uma vez, não é exclusivo da sociedade americana do século XIX. Quando o discurso jurídico, mormente o judiciário, se torna demasiado permeável a uma cultura popular massificada e às forças de mercado que a alimentam, acaba por se desvirtuar, e essa função de controlo acaba por falhar. Um “fracasso que é acompanhado por uma desilusão crescente, um elevado sentido de cepticismo ou desencantamento em relação à capacidade do Direito para alcançar a verdade ou fazer justiça no caso concreto”³³². O que se perde quando o Direito se torna popular, assegura Sherwin, é precisamente a capacidade da instância judicial para constranger as paixões e preconceitos populares em nome de princípios jurídicos mais elevados ou em nome de garantias constitucionais. É essa função vital do tribunal enquanto guardião constitucional e freio contra-maioritário sobre os impulsos e preconceitos populares que vai perdendo força³³³. Vamos assistindo a uma distorção das virtudes quer da prudência judicial quer do próprio discurso leigo, reflexo de um conhecimento e de uma sabedoria populares enraizados em princípios e valores comuns de ordem e de estabilidade.

As transformações actualmente em curso no seio da esfera jurídica, descritas por Sherwin a partir das influências que constata existirem entre a mesma e a chamada cultura popular, têm no entanto uma dimensão mais vasta. Pode parecer a certa altura da

³³¹ Cfr. Richard SHERWIN, *op.cit.*, p. 171.

³³² Quando o direito se torna popular, é à lógica dos *media* que ele cede, perdendo a sua fundamental capacidade para travar as paixões e impulsos populares. Cfr. *ibidem*, p. 171.

³³³ Esta perda, considera-a o autor a maior lição daquela que ele chama “a jurisprudência das aparências”, que por seu turno identifica com uma forma de construir os sentido jurídicos que adopta como sua a lógica visual dos *media*. Cfr. *ibidem*, pp. 10 e 247.

leitura da obra em questão, que Sherwin receia os efeitos negativos desta ligação sobre os outrora perfeitos equilíbrios institucionais existentes no mundo do Direito. Poder-se-ia pensar que esses efeitos negativos se vêm inscrever num anterior estado de graça do Direito. Mas, como observa Elkins, a maior parte dos problemas de que padece o direito são exteriores àquele casamento, que, de resto, também não é novo³³⁴. Verdades que são amplamente reconhecidas por Sherwin quando se refere a todo este processo, que considera fruto da pós-modernidade, como sendo de desmistificação. Um processo necessário de exposição dos mitos da juridicidade moderna, oitocentista. Um processo que passa por uma profunda revalorização de aspectos outrora banidos por completo da dimensão jurídica e que obrigam a re-equacionar valores como os da verdade, da certeza e da objectividade do Direito. A pós-modernidade veio baralhar as noções de verdade, de universalidade e de razão, revelando a natureza construída da realidade social, cultural e jurídica. Subjacente está, no que toca ao Direito, a pluralidade das fontes e das formas de juridicidade; está o papel desempenhado pelas forças irracionais, pelo contingente e pelo incerto na determinação/indeterminação das situações jurídicas. Subjacente está a necessidade de repensar a prioridade tradicionalmente atribuída à lógica dedutiva e indutiva, à actividade racional e à razão matemática³³⁵.

Num momento histórico em que a opinião pública é perfeitamente irrefutável enquanto força social e política, qualquer análise do Direito, da sua legitimidade e da sua autoridade, tem que reflectir sobre essa realidade. E tem que o fazer numa perspectiva de verdadeira transformação cultural. E também numa perspectiva de verdadeira transformação das concepções jurídicas. Para Sherwin, “este desenvolvimento no direito pode ser visto como um valioso correctivo em relação a certas distorções modernistas respeitantes à autoridade unitária, objectivista e a-contextual do direito. Levado demasiado longe, no entanto, este correctivo ameaça erodir a autoridade do Direito, des-legitimar o seu poder, e aumentar o colapso das normas partilhadas para a conduta e crenças sociais, já em curso nas nossas sociedades”³³⁶. Ou seja, como aponta Judith Hagley, Sherwin acaba por, compulsados os vários argumentos, pronunciar-se a favor daquela que designa como perspectiva afirmativa da pós-modernidade. Uma perspectiva que não se deixe arrastar para a nostalgia e glorificação (ilusória) dos tempos modernos, mas que não caia no cepticismo

³³⁴ Cfr, James ELKINS, *op.cit.*, pp. 51-52.

³³⁵ Cfr. Richard SHERWIN, *op. cit.*, pp. 39 e ss.; 238 e ss..

³³⁶ Cfr. *ibidem*, p. 39.

e no niilismo que ameaçam as perspectivas pós-modernas, comprometendo os mesmos valores e qualidades que desde sempre caracterizam o Direito. Nas palavras de Hagley, para Sherwin “law should go pop”, “but not by selling out its very soul”³³⁷.

Ao concluir a sua obra, Sherwin destaca ainda dois aspectos que nos parecem importantes. O primeiro diz respeito ao relevo que no actual contexto jurídico-político desempenha, ou pode vir a desempenhar, a Constituição, enquanto fonte legitimadora de múltiplas e conflituantes formas de discurso e poder jurídico. Temos que reconhecer, hoje, este fundamental papel de articulação e legitimação que tem que competir ao texto normativo orgânico, enquanto face mais visível dos nossos actuais ordenamentos jurídicos.

O segundo aspecto prende-se com um dos mais elementares e proveitosos frutos de todos os estudos interdisciplinares que nas últimas décadas têm associado o Direito à Literatura, à filosofia da linguagem, à cultura ou à retórica. Referimo-nos aos aspectos concretamente pedagógicos, ao nível do ensino do direito, que têm vindo a ser realçados por todos quantos se têm dedicado, de alguma maneira, a estes estudos interdisciplinares. Arriscar-nos-íamos a dizer que a falta de autonomia do Direito e da ciência jurídica se tornou, face aos trabalhos desenvolvidos nestes domínios durante as últimas décadas, uma evidência. O Direito está em todo o lado e na sua constituição e realização interfere um sem número de elementos que tradicionalmente julgaríamos extra-jurídicos. Elementos que temos que ter em consideração, se verdadeiramente queremos conhecer o fenómeno jurídico. A necessidade de os nossos currículos universitários reflectirem essa pluralidade de elementos pertinentes à realização do Direito, elementos cujo conhecimento se torna central para o exercício de qualquer profissão jurídica, tem feito com que este comecem, gradualmente, a consagrar um espaço dedicado à retórica e à argumentação jurídicas, à hermenêutica do Direito e aos estudos jurídico-culturais. Mas este é necessariamente um processo lento e gradual, que tem que acompanhar, ou que ser acompanhado, por toda uma transformação da cultura e das mentalidades. Aquilo para que Sherwin chama a atenção, face à passividade com que a maioria das pessoas absorve os modelos e os padrões veiculados pelos agentes difusores da cultura popular, é para a necessidade de urgentemente desenvolver e educar as capacidades críticas dos seus consumidores. É preciso fazer com que as pessoas

³³⁷ Cfr. Judith HAGLEY, “When law goes pop”. Review, http://writ.news.findlaw.com/books/reviews/20000822_hagley.html

consigam decodificar as mensagens implícitas e explícitas dos audiovisuais, distinguindo os sentidos ínvios e os efeitos distorcidos das representações jurídicas mediatizadas, diferenciando meios lícitos de meios ilícitos de persuasão. Nas palavras do autor, “um esforço concertado para cultivar este tipo de competências do pensamento crítico é essencial para o contínuo desenvolvimento da democracia no mundo actual saturado de *media*. Notavelmente, é precisamente esta capacidade para auto-conscientemente desconstruir e reconstruir sentidos culturais que o treino retórico sempre procurou cultivar”³³⁸.

E, nos nossos dias, a necessidade deste treino retórico no seio do ensino jurídico torna-se talvez mais consciente do que nunca. Porque se o Direito é tudo aquilo que temos vindo a dizer que é desde o início deste trabalho, então é fundamental que formemos cidadãos juristas, mais do que propriamente técnicos do Direito. Sem menosprezar a imprescindível formação técnico-jurídica do candidato a jurista, há que destacar a necessidade de desenvolver as suas qualidades reflexivas, críticas e humanas.

É comum ouvir-se dizer que as escolas de Direito devem ensinar os alunos a pensar como advogados, inculcar-lhes uma determinada estrutura mental. Uma estrutura mental que lhes permita, desde logo, como observam Conley e O’Barr, apreender rapidamente, a partir de complexos padrões factuais, quais os factos que merecem relevo jurídico e quais aqueles que devem ser afastados como juridicamente irrelevantes³³⁹. A partir desta selecção, que a dada altura do exercício da profissão deve surgir de modo quase automático, natural, poder-se-á desenvolver a argumentação jurídica mais adequada de acordo com o direito positivo aplicável. Com aspectos positivos e negativos, este processo mental implica uma certa despersonalização dos próprios destinatários da ordem jurídica. Destinatários que, através de um processo de

³³⁸ Observa Sherwin, reportando-se a comentários feitos pelo Juiz William Brennan, que, quando as condições em que se produz a comunicação significativa estão em risco, é a própria construção da democracia que fica ameaçada, tornando real a ameaça da tirania exercida pela facção corporativa dos *media*. Em relação a isto, “o sóbrio aviso de Dworkin sobre os efeitos corruptores do dinheiro aplica-se, com igual força, seja às desigualdades associadas com o acesso aos *media* no contexto do financiamento de campanhas, seja às que vão associadas com as facções corporativas dos *media* que produzem conhecimento jurídico popular e com as construções culturais e cognitivas que as pessoas usam para entender o mundo à sua volta”. Em análise, vão aqui a capacidade e a habilidade do público em discernir as várias formas em que as convenções da compreensão popular distorcem as questões e os conflitos jurídicos. Cfr. Richard SHERWIN, *op. cit.*, pp. 251-252.

³³⁹ Cfr. JOHN CONLEY, WILLIAM O’BARR, *Just Words. Law, Language and Power*, pp. 133 e ss..

abstracção, se transformam em sujeitos processuais, representando certos papéis que lhes são atribuídos pela ordem jurídica³⁴⁰. Há uma importante fatia da realidade que se afasta, que se perde. Há todo um processo de construção jurídica que acaba por se traduzir numa empobrecedora descontextualização. Claro que uma certa dose de abstracção e de despersonalização é necessária quer na aprendizagem quer no exercício do Direito. Mas é preciso não perder de vista, mais uma vez numa atitude que em muito recria as práticas desconstrucionistas, que todos aqueles aspectos que são secundarizados naquele processo de racionalização profissionalizante são igualmente importantes para a compreensão do fenómeno jurídico em toda a sua complexidade, e para o consequente desempenho cabal das funções que competem ao jurista, enquanto advogado, magistrado ou legislador. A este propósito, estamos a lembrar-nos que Peter Goodrich, em *Law by other means*, via na associação dos estudos jurídicos com os literários a manifestação de um método desconstrutivista de crítica³⁴¹. Precisamente pelo facto de estes estudos considerarem como aspectos centrais a um entendimento crítico do Direito aspectos que eram até há bem pouco tempo tidos como marginais ao estudo e à realização do mesmo. A linguagem, a retórica, o enfoque nas histórias e narrativas do Direito, a diversidade das fontes jurídico-normativas, o poder da ficção e da imaginação no seio do Direito, foram-se lentamente transformando em elementos indeclináveis na compreensão das múltiplas facetas constituintes da juridicidade³⁴². Isto sem prejuízo de, como Goodrich faz questão de apontar, as intervenções das últimas

³⁴⁰ Isto leva James Boyd White a referir a existência de um processo de caricaturização que é operado pelo discurso do Direito. Um discurso que se traduz numa forma de falar sobre as pessoas, mais do que numa forma de lhes falar. E um discurso que transforma as pessoas naquilo que num dado momento é juridicamente relevante: naquilo que num dado momento fizeram ou foram. Cfr. James Boyd WHITE, *The legal imagination*, pp. 109 e ss..

³⁴¹ Cfr. Peter GOODRICH, “Law by other means”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, pp. 111 e ss., Winter, 1998, p. 115.

³⁴² Cfr. Beryl BLAUSTONE, “Teaching evidence: storytelling in the classroom”, *American University Law Review*, vol. 41, pp. 453 e ss., 1992. O apelo ao *storytelling* enquanto método de ensino para a formação de juristas baseia-se, para a autora, num certo entendimento do processo de aprendizagem humana e, simultaneamente, no desejo de fazer os alunos apreender a fundamental dimensão humana imanente à existência e à perpetuação do Direito. Adoptando este modelo narrativo, omnipresente nos processos judiciais, pretende-se mostrar que a experiência humana é a fonte de onde brota o desenvolvimento do Direito. Cfr. *ibidem*, pp. 455-456.

décadas nos estudos jurídicos mais não serem do que sintomas de uma relação muito mais antiga e profunda entre retórica, filologia e direito.

O que Sherwin vem lembrar, e nisso não está só, é a necessidade que devemos sentir todos nós de nos prepararmos para os desafios perante os quais nos coloca a sociedade pós-moderna. Uma sociedade que, não estimulando propriamente as nossas capacidades de reflexão e análise críticas, mais bem contribuindo para as entorpecer, mostra estar a precisar com urgência do exercício destas mesmas capacidades. Numa altura em que, nas palavras de James Boyd White, a educação jurídica deixou de consistir em aprender a pensar como um advogado para passar a ser aprender a pensar para os exames, temos que re-equacionar os parâmetros deste ensino, e tratar em primeiro lugar de ensinar os alunos a pensar³⁴³. Porque só depois eles podem pensar como advogados ou como magistrados. Isto é algo que, naturalmente, transcende as necessidades dos estudos jurídicos, e que é válido para vários domínios e níveis de ensino. Quando falamos em ensinar a pensar, referimo-nos ao processo de desenvolver nos alunos aquela capacidade de reflexão autónoma que lhes permita pensar por si mesmos, com independência face a opiniões feitas e formadas à custa da tradição, da educação ou da opinião pública. Aquilo que se evoca é, no fundo, uma re-actualização das virtudes do ensino socrático, interessado em treinar as faculdades lógicas dos alunos de modo a melhor os habilitar para o pensamento crítico e para a construção de argumentos. Como noutros tempos, sentimos necessidade de bem formar, antes de mais, cidadãos livres e responsáveis. Livres no pensar e responsáveis pelo seu pensamento, pelas suas ideias, pelas suas opções. Cidadãos que saibam defender, argumentando, as suas posições e as suas escolhas. Sociais, profissionais, políticas ou pessoais. E se esta educação para a cidadania, se esta educação liberal, é válida para a formação de qualquer sujeito, de qualquer cidadão, ela constitui um elemento particularmente importante na formação do futuro jurista, não só pelo relevo social de que as funções

³⁴³ Cfr. James Boyd WHITE, *From expectation to experience*, p. 14. O autor censura as tradicionais metodologias de avaliação como demasiado estreitas nas intenções, permitindo quanto muito apreciar certas capacidades intelectuais, mas não permitindo apreciar tantas outras, tão ou mais relevantes que as primeiras para a prática do Direito. Censura igualmente o efeito cumulativo de um certo tipo de ensino excessivamente intolerante ao erro, quando todos sabemos que a liberdade para errar é importante na aprendizagem, e essencial à invenção. Cfr. *ibidem*, p. 12. Estes não são, infelizmente, vícios exclusivos do ensino jurídico praticado em escolas norte-americanas. E, embora se possa reconhecer mérito a algumas das intenções que presidiram à elaboração do Tratado de Bolonha, não nos parece que, na prática, venha a surtir um décimo dos efeitos desejados.

por este desempenhadas se revestem, mas sobretudo porque, como mostra Martha Nussbaum, este ensino, que é em grande medida um ensino retórico, corresponde igualmente ao cultivo da humanidade³⁴⁴. E essa formação humanista tem que ser uma preocupação fundamental para o jurista. É que, como já tivemos ocasião de dizer, se a educação liberal tem como fundamental objectivo o do auto-conhecimento, socrático, não lhe é menos caro o conhecimento empático do outro, da medida da sua diferença e da sua alteridade. Um conhecimento que se reveste de um enorme valor para qualquer jurista.

³⁴⁴ “... enquanto vivemos, enquanto estamos entre seres humanos, vamos cultivar a nossa humanidade”. SÉNECA, *Sobre a raiva*. Esta citação, com que Martha Nussbaum abre o seu *Cultivating humanity*, constitui o mote para toda a obra, ao longo da qual analisa, conscienciosamente, as fundamentais capacidades que hoje se revelam essenciais para o cultivo desta humanidade. Cfr. Martha NUSSBAUM, *op.cit.*. No mesmo sentido vai o trabalho de Boyd White, nomeadamente em *From expectation to experience*: “Dizer que o direito é o exercício do poder estadual, como se isso tornasse o estudo das humanidades irrelevante para ele é, de facto, apagar o elemento mais distintivo e significativo do processo jurídico, que é o da razão, argumento e justificação. (...) o direito não é apenas o exercício do poder estadual, através de alguma burocracia silenciosa e autoritária; é poder governado pelo explícito pensamento, atenção conscienciosa, esforços explicativos. Muito do relevo político e ético do direito reside no facto de este ser um modo de pensar tanto como um modo de agir, de expressão tanto como de conduta, pois isto expõe o seu exercício de poder à crítica e, em última análise, à crítica democrática”. Cfr. James Boyd WHITE, *From expectation to experience*, pp. 109 e ss..

II PARTE

**Repercussões de uma concepção globalmente literária do Direito
na problemática da concepção das fontes e da interpretação jurídicas.**

Capítulo I – A viragem linguístico/interpretativa e a crise do paradigma legalista de Oitocentos. Divórcio entre criação e interpretação jurídicas: um legado em superação.

1. O Direito actual como uma cultura de *interpretatio*

Muitos terão ficado com a ideia de, até aqui, termos estado a analisar o contexto densamente cultural em que a fenomenologia jurídica se vê envolvida. Com efeito, uma tendência mais ou menos alargada à maior parte dos juristas vai no sentido de considerar os aspectos linguísticos, discursivos e narrativísticos do Direito como fazendo parte de uma não desprezável perspectiva cultural do mesmo. Mas ainda assim, uma “mera” perspectiva cultural, claramente distinta do que no Direito constituiria o essencialmente jurídico. Porventura configurado como técnico-jurídico. Mas qual o grau de autonomia de um Direito assim configurado? A modernidade, nomeadamente a modernidade jurídica, parece ter-nos contaminado com essa necessidade, e possibilidade, de entre realidades complexas estabelecer nítidas fronteiras, límpidas linhas divisórias. A contemporaneidade mergulha-nos novamente nos mundos plurais e multímodos do saber e do agir, dificilmente circunscritos ou confináveis a matrizes singulares. E dizemos novamente, porque a consciência de que por trás de cada acontecimento, de cada comportamento ou de cada realidade singular está uma complexa rede de condicionantes e de motivações, cujo merecimento se revela imprescindível ao entendimento dos mesmos, não constitui descoberta ou conquista do século XX. Antes configura um reatar de sábias tradições por muitos séculos incontestadas. Não foram apenas as íntimas ligações do Direito com as artes retóricas e argumentativas a ser objecto de recuperação nos nossos tempos. A ideia do Direito como *interpretatio*, acarinhada por gerações e gerações de juristas medievais, mostra-se hoje substrato de algumas das mais interessantes e mais férteis propostas desenvolvidas pelo pensamento jurídico. Propostas que muito se alimentam daquelas perspectivas embrionariamente culturais, mas que em boa verdade contendem, quando plenamente assimiladas, com aspectos nucleares da ontologia jurídica. Até pela própria

complexidade que não pode deixar de se reconhecer a qualquer processo interpretativo. A viragem linguística a que repetidamente nos fomos referindo ao longo deste texto, impregnou os mais variados níveis da esfera jurídica, desde os seus domínios teóricos até aos seus domínios mais práticos³⁴⁵. Disso mesmo fomos tentando dar testemunho. Mas foi, provavelmente, na esfera da actividade interpretativa que essas marcas se mostraram mais consequentes. Uma actividade cujos contornos estão longe de ser entendidos, mesmo no seio do universo jurídico, em termos unívocos.

Ao mostrar-se a linguagem, agora, como verdadeira pedra de toque do conhecimento, de toda a compreensão e de toda a comunicação, é também todo um novo estatuto aquele que tem que ser reconhecido à actividade interpretativa. O mais natural é analisar-se este estatuto em função do modelo que o mesmo se apresenta a substituir. A teoria da interpretação, ou melhor, as teorias da interpretação que actualmente se debatem, em permanente diálogo umas com as outras, no seio do pensamento jurídico, revelam-nos algo curioso. Há noções, chamemos-lhes convicções, que parecem hoje, a “nível académico”, autênticos lugares-comuns. O consenso que, ao longo das últimas décadas, em seu torno se foi gerando, não deixa grande lugar a dúvidas ou a retrocessos. Ideias que, em larga medida, arrancam da crítica ao legado que no domínio da interpretação jurídica nos foi deixado pelo século XIX. Ideias que bebem de todo o trabalho desenvolvido ao longo das últimas décadas do séc. XIX e já do séc. XX pela filosofia da linguagem, pela teoria literária e também pela teoria e

³⁴⁵ O extraordinário trabalho de Fernando José Bronze sobre a *Metodonomologia entre a semelhança e a diferença* também disso nos dá conta, esclarecendo o fundamental contributo do legado wittgensteiniano para a transformação do pensamento e da prática jurídicos ao longo do século XX. Se a linguagem é reconhecidamente o meio através do qual, quer no âmbito da prática em geral, quer na esfera especificamente jurídica, “se elaboram as «representações judicativas» que permitem as acções esclarecidas e as decisões fundamentadas”, a imagem que nos é dada pelo filósofo austríaco da linguagem enquanto significação de uma *praxis*, encerra inequívocas implicações para a própria concepção da prática judiciária. Aquilo que se enuncia com a síntese de Wittgenstein, segundo a qual “atribuir um sentido a uma linguagem não é mais do que imaginar uma determinada forma de vida”, é, no entender de Fernando Bronze, “o pressuposto medular da superação de uma impositação teórica da metodonomologia por uma sua compreensão prática específica, dialógico-argumentativa e ponderativo-judicativa”. Esta é uma ideia fundamental, que vai estar subjacente a grande parte da nossa própria investigação. Cfr. Fernando José BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, *maxime* pp. 371-391. O texto de Wittgenstein corresponde ao par. 19 das *Investigações Filosóficas*, p. 183.

metodologia jurídicas. Ideias que, não obstante tudo aquilo que tem sido dito e escrito, uma prática longamente enraizada se mostra relutante, mais do que em assimilar, em tornar conscientes.

2. Modelo clássico de interpretação jurídica. Contextos histórico-filosóficos germânico e francês

A perspectiva clássica da interpretação do Direito, característica do pensamento jurídico oitocentista, vê-a como actividade basicamente cognitiva, que visa reconstituir o pensamento do legislador inscrito nas leis e assim conhecer um Direito que se presume acabado, dado pelo mesmo legislador nos seus limites absolutos. Dado, fundamentalmente, no texto das mesmas leis, que constitui assim o objecto fundamental da interpretação jurídica³⁴⁶.

³⁴⁶ A bibliografia relativa ao assunto é, naturalmente, tão vasta como dispersa. Para além da extensa bibliografia produzida no século XIX, inúmeros são os autores e os escritos que, propondo ao longo do século XX alternativas ao modo de conceber a interpretação jurídica, o fazem a partir da descrição do chamado modelo tradicional. De qualquer forma, e a título meramente indicativo, tenham-se em atenção as seguintes obras: Friedrich Karl von SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, K.F.Koehler Verlag, 1951, trad. esp. de J.J. Santa-Pinter, *Metodología Jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979; *idem*, *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, 1840, trad. do alemão por M. Ch. Guenoux e vertido em esp. por Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual*, tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1878; François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vols., Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1919; Ludwig ENNECCERUS, *Derecho civil (Parte general)*, trad. esp. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1953; Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische denken*, 1956, trad. J. Baptista Machado, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 8.ª ed.; Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, trad. José Lamago, *Metodologia da ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.ª ed.; Norberto BOBBIO, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, trad. de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995; Manuel D. de ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Coimbra, Arménio Amado – Editor successor, 1987; Emilo BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè Editore, 1971, 2.ª ed.; António Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003; *idem*, “A Interpretação Jurídica”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 3.º, Lisboa, Editorial Verbo, 1983-1987.

Sem pretender aqui fazer uma análise exaustiva dos elementos que compõem a chamada teoria tradicional da interpretação jurídica, sentimos ainda assim a necessidade de realçar determinados aspectos que, apesar de largamente contrariados e ultrapassados por quase todo o actual pensamento jurídico, se mostram extraordinariamente resistentes no seio de uma prática que teima em não os abandonar.

A ideia de que a lei, identificada *grosso modo* com o seu texto, podia ver o seu significado desvelado com recurso exclusivamente a elementos normativos por esse mesmo texto delimitados, levava o intérprete a professar a autonomia do objecto interpretativo, e o conseqüente dogma da imanência do sentido no direito positivo. Vedado ficava o apelo, na determinação do sentido ou sentidos possíveis a reconhecer/atribuir a um texto legal, a elementos estranhos a esse mesmo texto. Isto não implicava a rejeição do recurso, lícito, a determinados cânones hermenêuticos que, no entanto, não podiam ser utilizados senão dentro dos limites daqueles pressupostos. Ou seja, quando a análise do texto se mostrasse insuficiente para assegurar o verdadeiro significado da prescrição normativa.

Ainda hoje o trabalho desenvolvido por Friedrich Karl von Savigny neste domínio é uma referência obrigatória³⁴⁷. A ele se reconduz, em grande medida, o quadro criteriológico que entre nós perdura no âmbito dos vários elementos com recurso aos quais se alcançam os objectivos da interpretação jurídica. Sem prejuízo de, no uso que hoje possam fazer dos mesmos critérios, os juristas largamente ultrapassarem o entendimento que deles se tinha à época. Nomeadamente, como fazem questão de sublinhar autores como Castanheira Neves, Karl Larenz ou Emilio Betti, no que ao elemento teleológico diz respeito³⁴⁸. Um elemento que desde os tempos em que foi por Savigny considerado admissível no contexto da interpretação jurídica, e até aos dias de hoje, se foi gradualmente revelando como verdadeiro eixo da mesma actividade hermenêutica. Para além deste elemento teleológico e do já referido elemento literal ou gramatical, Savigny contemplava ainda no seu elenco de recursos interpretativos um elemento sistemático e uma conexão histórica, elementos que permitiriam ao intérprete completar o seu labor hermenêutico³⁴⁹.

³⁴⁷ Cfr. bibliografia citada na nota anterior.

³⁴⁸ Cfr. A. Castanheira NEVES, *op.cit.*, *max.* pp. 63 e ss.; Karl LARENZ, *op.cit.*, *max.* pp. 462 e ss.; Emilio Betti, *op. cit.*, *max.* pp. 57-82.

³⁴⁹ Inicialmente, Savigny refere a existência de quatro partes constitutivas da interpretação: o elemento gramatical, que tem por objecto as palavras de que o legislador se serviu para nos comunicar o seu

Com esta nomenclatura ou com outra idêntica, como nos mostra Engisch, estes quatro expedientes disponíveis ao intérprete do Direito fazem hoje parte indiscutível do património adquirido da hermenêutica jurídica³⁵⁰. E embora, como fomos adiantando, o entendimento que os juristas contemporâneos têm de todos e de cada um destes elementos seja necessariamente diferente daquele que tinham os contemporâneos de Savigny, a verdade é que muitas das enraizadas noções que faziam parte estruturante daquele edifício jurídico-hermenêutico decimonónico subjazem ainda a uma grande parte da nossa prática judiciária.

Não deixa de ser curioso o modo como a doutrina jurídica francesa de oitocentos se encarregou de importar da sua congénere germânica, nomeadamente a partir da obra de Savigny, desenvolvimentos e ensinamentos fundamentais atinentes à teoria da interpretação jurídica. Não há dúvida que o trabalho de Savigny foi marcante no que toca às metodologias da interpretação jurídica, sobretudo a partir do seu *System des heutigen Römischen Rechts*. Aqui, leva o autor alemão a cabo o que viria a ser uma duradoura sistematização do processo de interpretação jurídica, com a enumeração e descrição dos elementos com recurso aos quais esta deve acontecer. Se tivermos em conta a clara vocação legalista que transparece do tratamento que é dado a todos aqueles elementos – destinados a operar, mais do que uma interpretação jurídica, uma interpretação legal –, também não levanta grandes objecções o facto de o núcleo dessas metodologias se enquadrar bastante bem nos propósitos sistemático-legalistas dos modernos juristas franceses. O que já causa mais estranheza, é a distância cultural e

pensamento; o elemento lógico, traduzido pela decomposição do pensamento ou pelas relações lógicas que unem as suas diferentes partes; o elemento histórico, tendo por objecto o estado do direito existente sobre o assunto na época da promulgação da lei, determinando o modo de acção da lei e a mudança por ela introduzida, e por último o elemento sistemático, com objecto no vínculo íntimo existente entre as instituições e as regras de direito no seio de uma vasta unidade. O estudo integrado destes quatro elementos, indispensável para interpretar a lei, esgota, no entender de Savigny, o conteúdo da mesma. O recurso ao elemento teleológico, na medida em que visa alcançar algo que é estranho ao próprio conteúdo da lei, é admitido com as máximas reservas: “o motivo da lei pode ser, com proveito e segurança, invocado, quando se trata de saber qual é a natureza da regra contida na lei, se pertence ao direito absoluto ou ao direito supletivo, ao *ius commune* ou ao *ius singulare*. Maior precaução e reserva deve usar-se para o aplicar à interpretação da lei, pois o seu emprego varia segundo o seu grau de certeza e segundo a sua afinidade com o conteúdo da lei”. Cfr. F.C. von SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, pp. 152-153.

³⁵⁰ Cfr. Karl ENGISCH, *op.cit.*, p. 137.

filosófica que separa o contexto jurídico francês de então, moderno-iluminista, logicista, racionalista e sistematizante, do seu homólogo germânico, onde os diferentes caminhos e ritmos percorridos pela modernidade se entrelaçaram com movimentos idealistas, românticos e historicistas. O facto de o próprio Savigny ter passado à história como um dos mais ilustres representantes do historicismo jurídico, adensa, de certo modo, essa curiosidade, torna-a ainda mais legítima. Curiosidade pelas voltas que levaram a sua doutrina hermenêutica a ser tão marcante, tão característica, de uma prática que se pretendia ter um cunho tão distinto. Vários são os autores que destacam o acentuado anti-legalismo e anti-voluntarismo manifestado por Savigny ao longo da sua obra, mas sobretudo naquela que consagrou a polémica face a Thibaut – *Vom beruf unserer zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, de 1814³⁵¹. Neste trabalho, Savigny não se poupa a esforços no sentido de desprezar as virtudes da codificação em geral, de um hipotético Código civil alemão em especial, e do Código Civil de Napoleão ainda mais particularmente³⁵². Dois autores contemporâneos, Schröder e Kleinheyer, vêm nesta dimensão anti-voluntarista e, nessa medida, anti-legislativa e anti-estatalista, da Escola Histórica, uma reacção frente ao que chamam a teoria jurídica da Revolução Francesa³⁵³, caracterizada pela tendência para a estatalização, a centralização, a hegemonia da lei sobre as restantes fontes e a conseguinte despromoção da ciência jurídica, à qual é recusada a capacidade para criar Direito³⁵⁴. “Em clara reacção contra a concepção estatalista do direito característica da revolução francesa, que conferia à jurisprudência apenas uma missão subordinada, desenvolve-se agora a ideia da função criadora da ciência jurídica”. Ideia de que é teórico destacado Savigny³⁵⁵. Lembra

³⁵¹ Cfr. Friedrich Karl von SAVIGNY, *Vom beruf unserer zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, trad. esp. José Dias García, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, in Thibaut y Savigny. *La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras: Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania y De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*. Madrid, Aguilar, 1970, Introducción y selección de textos de Jacques Stern.

³⁵² Cfr. *ibidem*, pp. 86 e ss..

³⁵³ Cfr. H. KLEINHEYER / J. SCRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Müller Juristischen Verlag, 1976, p.12, *apud* Francisco CONTRERAS PELÁEZ, *Savigny y el historicismo jurídico*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 113.

³⁵⁴ Cfr. *ibidem*, p. 113.

³⁵⁵ Cfr. H. KLEINHEYER / J. SCRÖDER, *op.cit.*, p. 12, *apud* Francisco CONTRERAS PELÁEZ, *op.cit.*, p. 154, nota 349.

Contreras Peláez que já Kantorowicz, ilustre representante do movimento do Direito Livre que emergiu na viragem do século XX, se havia manifestado neste mesmo sentido, “contra a crença ilustrado-jusnaturalista na onnipotência da lei”³⁵⁶. Dúvidas não pode haver quanto ao diferente rumo que tomaram os escritos dos dois juristas germânicos. Embora Savigny tenha moderado bastante algumas das opiniões que havia expressado em 1814, continua, nas suas obras de maior maturidade, a afirmar a natureza juridicamente inadequada da forma codificada para conter todo o Direito de um povo³⁵⁷. Um Direito que ele vê como manifestação histórica do espírito desse mesmo povo, como realidade viva e vivida por uma concreta sociedade. Mas Savigny acaba por ser traído pelas suas íntimas preferências, que se revelam na importância que, também ao longo de todos os seus escritos, atribui quer à ideia de sistema quer ao valor das operações lógicas. Savigny não esconde que vê nesta dimensão lógico-sistemática uma componente absolutamente irrecusável do próprio trabalho científico, acabando por fazer absorver na mesma o relevo porventura atribuído à dimensão historicista. E, embora Savigny tenha realmente passado à história como membro devotado do historicismo jurídico, com maior acerto deveria ser apontado como promotor de uma visão essencialmente formalista e logicista do Direito. De algum modo preconizando o futuro trabalho de Gény, é verdadeiramente na ciência jurídica, labor de juristas, que Savigny encontra o grande engenho criador do Direito³⁵⁸. Quando Savigny fala de Direito popular ou de Direito consuetudinário, teoricamente aquele em que se

³⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 113. O inflamado texto com que Hermann Kantorowicz dá origem à viragem para o subjectivismo, característica da teoria do direito livre em sentido estrito, é publicado em 1906 sob o pseudónimo de *Gnaeus Flavius*. Jurista do século IV A.C., e secretário de Appius, Gnaeus Flavius havia-se notabilizado por ter tornado públicas, acessíveis aos leigos, certas fórmulas jurídicas até então mantidas secretas. É precisamente aquilo que se propõe fazer o jurista de origem polaca, com o seu *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, desvelando os recintos sagrados dos mistérios jurídicos, ao mesmo tempo que mostra que no Direito há tantas lacunas como palavras, exigindo-se assim uma competência naturalmente criativa por parte da ciência jurídica. Cfr. v.g. Karl LARENZ, *op.cit.*, pp. 79 e ss..

³⁵⁷ No que, eventualmente, se poderia ainda aproximar dos teóricos do direito livre.

³⁵⁸ Um aspecto que contribui para aprofundar aquilo que Contreras Peláez refere como o ambíguo historicismo de Savigny. Cfr. F. CONTRERAS PELÁEZ, *op.cit.*, pp. 63 e ss.. Também neste sentido, CASTÁN TOBEÑAS cita um excerto da *Metodología* de Hernández Gil, em que este sublinha o facto de as obras fundamentais de Savigny acusarem, sobretudo, uma preocupação dogmática. Isto sem descurar o facto de que aquilo que caracteriza a escola histórica é o acto de pôr a investigação histórica ao serviço da dogmática jurídica. Cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Editorial Reus, 2005, pp. 85-86.

consubstancia a mais genuína fonte de Direito, está na realidade a querer referir-se ao Direito científico, fruto da elaboração dos juristas, uma vez que, para o pensamento moderno, estes são os verdadeiros portadores da consciência jurídica popular. A eles compete operar a tradução, imposta pelas próprias necessidades do sistema, da sua plenitude e da sua unidade, daquele registo popular para uma *ratio scripta*. Esta tensão entre uma dimensão histórica e uma dimensão sistemática, manifesta ao longo da evolução da obra de Savigny, constitui precisamente o “signo da contradição” que recorre todo o seu pensamento, e que leva muitos críticos a querer desmistificar qualquer aura romântica de que o trabalho do autor tradicionalmente tenha gozado. Porque, de facto, a inspiração que predomina no pensamento de Savigny é claramente a lógico-sistemática, sendo que tudo aponta para que os motivos romântico-historicistas que evoca nos seus escritos “não supõem, no fundo, muito mais do que uma montra retórica que encobre uma opção decidida em favor da perspectiva lógico-sistemática”³⁵⁹. Perspectiva que, acrescentamos nós, à época, muito oportunamente se coadunava com a perspectiva legalista e codificatória. Pode ter acontecido que o corpo da doutrina hermenêutico-jurídica desenvolvida por Savigny tenha traído os propósitos oficiais da Escola que este procurava firmar, para se revelar afinal mais fiel ao que verdadeiramente lhe ia na alma. O que justifica a facilidade e pertinência com que foi adoptada e adaptada pela doutrina jurídica francesa da altura, e daí exportada para a grande maioria dos ordenamentos jurídicos codificados. Onde, com maiores ou menores alterações, se mantém em vigor até aos nossos dias³⁶⁰.

³⁵⁹ Cfr. F. CONTRERAS PELÁEZ, *op.cit.*, pp. 121-122. Justificando a falta de originalidade da sua análise crítica, o autor espanhol reporta-se a um contundente comentário que, já no seu tempo, Kantorowicz dirigira à obra de Savigny, observando que “o vínculo de Savigny e da sua escola com a doutrina do crescimento e coerência orgânicos da cultura (e, portanto, do direito entendido como mais um fenómeno cultural), foi acidental, superficial, condicionado pela moda”. Na prática, continua Contreras, a escola histórica desembocou numa concepção inteiramente formalista do direito, “que prescindia de qualquer possível vínculo deste com a cultura ou com o espírito populares”. O verdadeiro traço distintivo desta escola seria, para Kantorowicz, o seu “virar as costas à vida”, ou seja, justamente à realidade histórica. Cfr. *ibidem*, p. 123.

³⁶⁰ Cfr. *infra*, cap. V.7 da II Parte. São sobretudo as novidades e os avanços decisivos que ocorrem no seio do método de interpretação que ficam associados a Savigny. “O seu conceito da interpretação como uma operação necessariamente ligada, não apenas ao caso da obscuridade da lei, mas antes a toda a aplicação da norma à vida real; a teoria dos quatro elementos que entram em jogo na interpretação (...), os quais não constituem diferentes tipos de interpretação, mas sim meios que se deverão utilizar combinadamente para obter um bom resultado interpretativo; a concepção das lacunas da lei, colmatadas

3. A codificação e a interpretação jurídica: a falsa autonomia entre o problema das fontes e o da interpretação no Direito. O império da lei

Com efeito, muito se tem escrito sobre as profundas transformações a que estiveram sujeitas as práticas interpretativas do Direito ao longo do século XX; estiveram, e certamente continuarão a estar. Mas relativamente pouco parece ir sendo filtrado para a vivência fenoménica desse mesmo universo jurídico. E aquilo que se julga constituir já um lugar-comum, verdade adquirida, não deixa afinal de fazer parte de uma diferente concepção que importa dar a conhecer, a uns, e consolidar, aos olhos de outros. O que queremos com isto dizer é que, formalmente, pelo menos, a actividade do intérprete do Direito se pauta, ainda hoje, basicamente pela cartilha de Savigny. E que face a tudo o que vai dito, conseguimos, quanto mais não seja, intuir que há muito de ilusório no apelo – muitas das vezes meramente formal - que é feito pelo jurista-intérprete àqueles tradicionais elementos³⁶¹. E nem nos estamos a referir à sempre muito criticada, ou lamentada, ausência de uma hierarquia rigorosa entre os vários elementos considerados. Não seria essa certamente a resolver as dúvidas que nos assaltam, pois mais não constituiria do que um enxerto naquelas ilusões. Em causa está, fundamentalmente, o uso que fazemos de cada um dos critérios hermenêuticos e o caminho que trilhamos antes de chegar a esse uso; caminho que vai implicar escolhas, que não dependem em si mesmas dos próprios critérios de interpretação. Em causa está o próprio esquema aplicativo de um Direito que, uma vez bem interpretado, de acordo com procedimentos pré-definidos, se dizia poder oferecer soluções acabadas para todos os casos que o solicitassem.

Para melhor nos fazermos entender, detenhamo-nos um pouco mais nos aspectos fulcrais do modelo em questão. Ainda de acordo com aquela doutrina tradicional da interpretação no direito, o jurista, *grosso modo* identificado com a figura do juiz, apenas

pelo procedimento da analogia, como expressão da força orgânica do direito positivo, tudo isto acabou por se tornar doutrina definitivamente incorporada na ciência moderna do direito privado”. Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 86.

³⁶¹ Que vão, de uma maneira ou de outra, implicados nos termos, nomeadamente, do artigo 9.º do nosso Código Civil. Ver *infra*, cap. V. n.8 da II Parte.

se lançava na tarefa de interpretar um texto quando o seu sentido não resultasse claramente da leitura do mesmo. Isto é, a actividade interpretativa estaria reservada àqueles que muitos têm designado como casos difíceis³⁶², que levantam ao intérprete dúvidas quanto ao verdadeiro sentido e alcance do texto legal em análise. Nos outros, a maioria, o intérprete limitar-se-ia a colher o sentido naturalmente decorrente da leitura do preceito, que surgiria de modo claro e imediato, sem necessidade de sobre o preceito exercer qualquer espécie de esforço interpretativo. Uma atitude hermenêutica a que Vittorio Frosini se refere como a do mito da interpretação negativa e que corresponde basicamente ao clássico (e hoje inaceitável) adágio segundo o qual *in claris non fit interpretatio*: naquilo que é claro, não há lugar para a interpretação³⁶³. No que vai admitida a hipótese de a um texto legal corresponder um único, e determinável, sentido linguístico e normativo. No que vai igualmente implícita a desconfiança sentida em relação à própria actividade interpretativa, que se teme capaz de desvirtuar, de adulterar, os produtos tão rigorosa e legitimamente consagrados pelo avisado e onipotente legislador³⁶⁴. Muito avisado nos parece o reparo feito por Prieto Sanchís relativamente à original vocação do brocardo em questão. Um brocardo que não significaria, na sua origem, que perante uma disposição precisa e incontroversa a interpretação fosse supérflua ou desnecessária, antes expressando um “simples critério de hierarquia normativa destinado a mostrar a preferência da lei, ou seja, do direito romano e dos

³⁶² Expressão que se tornou lugar comum a partir do hermenêutico debate metodológico que ao longo das suas obras foram tecendo Hart e Dworkin, mas que quando colocada no contexto histórico-jurídico do século XIX, se pretende que tenha um mero sentido denotativo. Ver, também, *infra*, cap. IV, n.º 3 da II Parte.

³⁶³ Cfr. Vittorio FROSINI, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, 1989, trad. esp. Jaime Restrepo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1991, p. 2.

³⁶⁴ Referindo-se, muito sugestivamente, à obscuridade do sentido claro, Esser aponta precisamente a desconfiança ante a faculdade da jurisprudência obter normas objectivas como uma das fundamentais motivações oitocentistas para a absolutização do texto. Não sem conceder à primitiva concepção desta doutrina, surgida pela mão de Vattel, o sentido, “realmente razoável”, de querer evitar o arbítrio interpretativo. Mas não, também, sem objectar no sentido de que um entendimento demasiado rígido da restrição posta por Vattel – “desde que o sentido seja manifesto e não conduza a nenhum absurdo” – enquanto “recomendação para cozer sem aquecer, conduz necessariamente à cozinha fria da moderna tática da interpretação”. Cfr. Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, trad. esp. Eduardo Valentí Fiol, *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 159, nota 135; 227, nota 156.

decretos do soberano sobre qualquer outra forma de produção jurídica e, em especial, sobre as opiniões dos jurisconsultos”³⁶⁵.

Entendimento bastante diferente viria a surgir com a codificação, nomeadamente após a promulgação em 1804 do Código Civil Napoleónico, feito que marca, em certa medida, o início do movimento de expansão codificadora que rapidamente alastrou a numerosos ordenamentos jurídicos. Um movimento que rapidamente começou a identificar a lei como fonte exclusiva de Direito. E aqui reside precisamente a razão de ser de um dos fundamentais postulados da concepção jurídica dominante desde o início do século XIX, e da respectiva doutrina hermenêutica. Concepção que vem a culminar no positivismo-legalista, desenvolvida à sombra de um quadro político-social muito particular. Ora, toda a doutrina tradicional da interpretação jurídica assenta no fundamental postulado político segundo o qual o Direito, identificado com a lei, é obra do legislador. Legislador que goza, no exercício dessas precisas funções, de toda a legitimidade política e democrática. Não haveria melhor forma, para o espírito oitocentista, de garantir e assegurar a certeza do Direito, a sua imparcialidade, a sua objectividade e a uniformidade dos seus resultados. Ao legislador compete elaborar a lei que o juiz se terá que limitar a cumprir e fazer cumprir. Ao legislador cabe criar o Direito que o juiz se limitará a aplicar, num procedimento posterior e absolutamente independente do primeiro. Um procedimento de aplicação lógico-dedutiva, mecanicista, de um direito plenamente pré-determinado. Esta foi, com efeito, a ideologia que presidiu ao Iluminismo jurídico, um tempo em que, na descrição de Engisch, se assentou tranquilamente na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e uma segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas e, especialmente, deveria ser possível garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos³⁶⁶. Uma univocidade que se traduziria igualmente no carácter único e necessário das mesmas decisões. Esta determinação surge, no fundo, como reacção a uma situação que se havia tornado insustentável, de uma justiça arbitrariamente conduzida ao sabor dos poderosos, dos

³⁶⁵ “Deve recordar-se que, entre os comentaristas do Direito comum, tais opiniões eram admitidas como fonte de direito, e daí que rejeitar a *interpretatio* (entendida aqui como resultado e não como actividade) equivalia a reafirmar a superioridade da lei. Mais ou menos como se hoje disséssemos que, se a lei está clara e é conclusiva, não é preciso consultar a jurisprudência ou os princípios gerais”. Cfr. Luís PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 227 e ss..

³⁶⁶ Cfr. Karl ENGISCH, *op. cit.*, p. 206.

senhores das terras. Os tribunais eram vistos como instâncias discricionárias, caprichosas e prepotentes, sendo os juristas considerados malabaristas das palavras, que moldavam o seu discurso e as suas decisões aos interesses dos senhores que invariavelmente serviam. Ao referir-se à manifesta aversão da Revolução francesa pelo direito consuetudinário e pela jurisprudência, Alf Ross justifica-a nestes termos: “sobre o fundo de muitos costumes enviesados, de carácter mais ou menos feudal e de uma jurisprudência que era muitas vezes arbitrária e corrupta sob o antigo regime, torna-se-nos psicologicamente compreensível que os revolucionários tenham ansiado pela lei como pela nova terra prometida”³⁶⁷. A ideologia subjacente à codificação visa, pelo contrário, alcançar o traçado de um quadro em que se regulem de modo unitário e conclusivo as relações sociais, nada deixando ao arbítrio de um traiçoeiro intérprete. Não deixa de ser estranha a verificação de alguma confluência jurídico-política entre os ideais iluministas e os ideais revolucionários. É como se, a dada altura, “a soberania histórica do monarca (ilustrado, embora absoluto)” se limitasse a ser “substituída pela soberania abstracta de uma vontade geral dotada de uma extraordinária virtualidade legitimadora”³⁶⁸. A supremacia da lei enquanto fonte de Direito vai ao encontro dos interesses de ambas. Dito de outra forma, “a doutrina revolucionária das fontes de direito estriba na ideia da lei como única fonte de Direito; isto é, na crença de que a lei, entendida como a vontade onipotente do povo soberano, constitui o único factor de criação do Direito e abarca-o na sua totalidade. A Revolução acolhe o conceito de soberania do Absolutismo, limitando-se a colocar o povo no lugar do Príncipe.(...) Não há, pois, qualquer contradição no facto de a concepção revolucionária do Direito ser simultaneamente jusnaturalista e positivista”³⁶⁹.

E é assim que, em França, “extraordinário laboratório histórico em que o moderno mostrou pela primeira vez o rosto mais próprio e paulatinamente foi completando as suas características”³⁷⁰, e palco em que o desenvolvimento daquelas concepções acabou

³⁶⁷ Cfr. Alf ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, trad. de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Páblo López Pietsch, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 89.

³⁶⁸ Cfr. Luís PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, pp. 185-186.

³⁶⁹ Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 88.

³⁷⁰ “A história da monarquia francesa entre os séculos XIII e XVIII é a história do fortalecimento do poder do Príncipe, da sua percepção cada vez mais precisa da importância do direito no projecto estatal, da exigência cada vez mais sentida de se manifestar como legislador. Em oposição ao ideal medieval, que

por coincidir com o atribulado período revolucionário, a desconfiança com que era olhada a jurisprudência motivou desabafos como o de Robespierre, que propôs que a expressão “jurisprudência dos tribunais” fosse apagada da língua francesa³⁷¹. Esta desconfiança, aliada à natureza racional que era imputada à lei enquanto produto simultâneo da vontade popular, rapidamente operou a transformação das magistraturas em fiéis servidoras dos detentores do poder. O que constitui uma daquelas estranhas contradições em que a história por vezes incorre. Consagrando a divisão e independência dos três poderes do Estado, oficialmente pela mão de Montesquieu³⁷², o Iluminismo procura definir os limites ao exercício dos mesmos. Mas isto num tal equilíbrio de forças que acaba por anular o poder judicial, consumindo-o no altar do todo-poderoso legislador. O assumido postulado da vinculação do juiz à lei, da sua obediência total à lei, transforma-o num mero autómato, que ao assim aplicar a lei, de modo mecânico e dedutivo, se revela um servidor fiel daqueles que a ditam – daqueles que, como aponta Manuel Segura Ortega, detêm o poder, por mais que este se possa legitimar pela sua origem e exercício democrático³⁷³. Daí que a ideologia básica – pressuposta sempre, mas raramente enunciada – seja o conformismo: o juiz que respeita a lei, seja qual for o seu teor axiológico e político, o que realmente respeita é aquele que exerce efectivamente o poder, ontem, hoje e amanhã³⁷⁴. Uma imagem em que os

via o Príncipe sobretudo como juiz, como juiz supremo – o grande justiceiro do seu povo - , agora toma-se a produção de normas autoritárias como emblema e núcleo da realeza e da soberania”. Cfr. Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2003, trad. esp. Manuel Martínez Neira, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 31. Cfr., também, Norberto BOBBIO, *op.cit.*, pp. 63 e ss..

³⁷¹ “Esta palavra de jurisprudência dos tribunais, na acepção que tinha no antigo regime, já não significa nada no novo: deve ser apagada da nossa língua. Num Estado que tem uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é senão a lei; por isso, há sempre identidade de jurisprudência”. Cfr. François Génys, *op.cit.*, I vol., p. 91.

³⁷² Ideia retomada do constitucionalismo inglês de Locke e já manifestada na *Política* de Aristóteles. Cfr., v.g. Nuno PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 19; 31-36; Augusto CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005, p. 15.

³⁷³ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela, Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003, p. 106.

³⁷⁴ Cfr. Roberto VERNENGO, *La interpretación Jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 109.

revolucionários franceses de Setecentos e de Oitocentos certamente teriam dificuldade em se rever.

Este é um quadro em que a interpretação jurídica desempenha forçosamente um papel muito limitado, muito espartilhado. Pelo menos no sentido em que é assumida como mera actividade declarativa, reprodutora das verdades inscritas na lei. A ela, ou melhor, aos seus neutros e anódinos agentes, compete exprimir o verdadeiro significado contido nas fórmulas legislativas – identificado, em última análise, com as intenções do legislador –, vertendo-o na decisão do caso concreto³⁷⁵. Uma decisão que se encontra para o positivismo jurídico como que latente no seio da lei, à imagem de uma estátua que sempre se encontra em potência no interior de um bloco de mármore³⁷⁶. Este esquema de concretização do Direito encontrou a sua expressão clássica no processo silogístico de subsunção, que passa assim a constituir a estrutura básica de toda a experiência jurídica. Nas expressivas palavras de Alf Ross, trata-se de um esquema em

³⁷⁵ A partir da codificação, a cultura jurídica – que se tornará tradicional – passa a desenhar as figuras de juiz e legislador em termos claramente contrapostos. No legislador via-se um sujeito livre que, mercê de uma legitimidade política, expressava a sua vontade em forma de normas abstractas e gerais dotadas de eficácia frente a todos; o juiz, pelo contrário, concebia-se como um sujeito essencialmente vinculado à lei, cuja actividade cognoscitiva e não volitiva, consistia em ditar decisões concretas ou singulares aplicando estritamente a lei. Cfr. Luís PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, pp. 221-222. Aguiló Regla considera esta como a visão *standard* do Direito, que tende a concebê-lo enquanto composto por dois grandes momentos ou procedimentos normativos: “o da criação de normas gerais e o da aplicação dessas mesmas normas para a solução dos casos particulares. Vistos desde a perspectiva das autoridades jurídicas, esses dois momentos contam com dois grandes protagonistas: o legislador e o juiz, em que o primeiro cria (tem poder para criar normas jurídicas gerais) e o segundo aplica (tem poder para resolver casos particulares utilizando essas mesmas normas gerais)”. O método jurídico vê-o o autor como o conjunto de operações que, naquela perspectiva tradicional, faz a ponte entre esses dois mundos. Josep AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 127 e ss..

³⁷⁶ Este pressuposto permite que a conclusão silogística entre a premissa maior (o tipo legal) e a premissa menor (as circunstâncias de facto) se apresente como uma dedução automática. Cfr. Giuseppe ZACCARIA/ Francesco VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editorial Laterza, 2004, p. 179. A conhecida conclusão de Radbruch segundo a qual a interpretação é o resultado do seu resultado, não o impede de fazer algumas concessões, observando que “o erro de acreditar que a regra singular dormia já no texto «como a estátua no bloco de mármore», só se pode aceitar como um saudável travão ao arbítrio judicial”. Cfr. Gustav RADBRUCH, *apud* Josef ESSER, *op.cit.*, pp. 326-327. Sobre o diferente entendimento que hoje se propugna do silogismo judiciário e da fixação das respectivas premissas, ver *infra* pp. 322 e ss..

que “o Direito é a lei, o jurista um geómetra, e a sentença um silogismo”³⁷⁷. Através da determinação de uma premissa maior à qual se submeteria uma premissa menor, o intérprete-aplicador facilmente poderia extrair uma conclusão adequada ao caso. Ou melhor, a conclusão adequada ao caso. A tal que dormiria já, desde o início, no texto da lei, como a estátua no interior da peça de mármore. E à qual seria possível aceder mediante a correcta utilização dos critérios hermenêuticos. Critérios que, nessa medida, se revelavam uma peça fundamental da engrenagem positivista da realização do Direito.

A actividade interpretativa aconteceria, por excelência, no momento da determinação da premissa maior, ou seja, da determinação de sentido da proposição jurídica em jogo. Uma proposição jurídica em cuja previsão se fariam subsumir determinados elementos de facto caracterizadores de uma dada situação concreta. Este processo de subordinação de uma determinada situação de facto à previsão, à hipótese, de um preceito legislativo, resultaria numa dada consequência jurídica, prevista legalmente para aquele tipo de situação. Esta conclusão, obtida pela subsunção da premissa menor na premissa maior resultaria de um processo integralmente dedutivo e automático, assente em mecanismos exclusivamente lógicos³⁷⁸. Gradualmente, a aplicação do Direito vem a confundir-se com os momentos em que se procede à interpretação das leis, para determinação da premissa maior do silogismo, num processo que, por sua vez, acaba por consumir a própria interpretação jurídica. Zagrebelsky observa, muito oportunamente, que de acordo com este esquema positivista tradicional de aplicação do Direito, a regra jurídica é sempre obtida mediante a consideração exclusiva das exigências do Direito. Isto é, toda a influência que elementos estranhos à lei, nomeadamente o caso, as circunstâncias concretas da situação de facto em causa, pudesse exercer na interpretação do Direito, é eliminada de raiz³⁷⁹. Pelo menos em

³⁷⁷ Cfr. ALF ROSS, *op. cit.*, p. 97.

³⁷⁸ Clássica é a exposição analítica, detalhada, que Géný faz do método tradicional de raciocínio silogístico, imediatamente antes de proceder à sua rigorosa crítica. Cfr. François GÉNY, *op. cit.*, pp. 54 e ss..

³⁷⁹ Afirma o autor que as separações entre lei-direitos-justiça e princípios-regras só encontram a sua unidade na aplicação judicial do Direito, “uma *actio duplex* da qual as concepções positivistas da jurisdição ocultaram durante muito tempo uma das partes. Em tais concepções, a realidade a que o direito se aplica aparece sempre na sombra e privada de todo o valor, pense-se em termos de silogismo judicial, onde o «facto» que se qualifica juridicamente constitui a «premissa menor» e a regra jurídica a premissa «maior», ou em termos de «subsunção» do suposto de facto concreto no suposto de facto abstracto, ou

intenção. Limitando-se o intérprete-aplicador a determinar o conteúdo preciso da norma jurídica a aplicar, e a nele fazer subsumir uma determinada factualidade, para de modo mecânico e automático fazer surgir uma consequência jurídica que porá termo ao processo de aplicação, pretende-se consagrar a autonomia do jurídico e a independência do momento de criação de Direito dos consequentes momentos da sua interpretação/conhecimento e aplicação.

4. A autonomia do jurídico e o princípio da separação de poderes

Esta taxativa divisão entre criação e aplicação do Direito é pressuposta pela doutrina da divisão dos poderes, em vigor até aos nossos dias, e tem no nascimento das modernas codificações a sua mais directa expressão. É isto que faz Bulygin afirmar que o Código Civil de Napoleão, publicado em 1804, constitui um corolário indispensável da doutrina de Montesquieu³⁸⁰. Representando, no fundo, a primeira grande tentativa de conseguir uma legislação completa e coerente para uma determinada matéria, o código napoleónico responde à necessidade de dotar o corpo judicial de um direito acabado, racional, que proporcione aos magistrados soluções para todos os casos que ante eles possam surgir. Um direito que lhes permita limitarem-se a ser a tão apregoada “bouche qui prononce les paroles de la loi”, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis³⁸¹.

noutros termos similares”. Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, 1992, trad. esp. Marina Gascón, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003, 5.ªed., p. 131.

³⁸⁰ Cfr. Eugenio BULYGIN, “Creación y aplicación del derecho”, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 29.

³⁸¹ A supremacia da lei vai bem demarcada nas conhecidas palavras de Montesquieu: “No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há nenhum cidadão contra quem se possa interpretar uma lei, quando se trata dos seus bens, da sua honra ou da sua vida... O juiz pronuncia a pena que a lei inflige por esse acto: e, para tal, não precisa senão dos olhos”. Cfr. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 2 vols., Paris, Éditions Garnier Frères, 1973, I vol., livre VI, chap. III, p. 85. “Os juízes da nação não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a sua força nem o seu rigor”. Cfr. *ibidem*, I vol., livre XI, chap. VI, p. 176. Gény entende que o regime da codificação moderna veio perturbar o equilíbrio de partes na construção do direito. Fazendo da lei a única base verdadeira e legítima do direito, acabou por se reduzir a

Para que se possa exigir dos juizes uma tal atitude, limitada assim à neutra e objectiva aplicação de um conjunto normativo previamente definido, que não se pode ver alterado ou modificado em função dessa aplicação, mister é dispor desse monumento legislativo que só uma nova concepção de lei vai permitir desenvolver: o código moderno. Enquanto corpo legislativo que se tem por perfeito e acabado: sem contradições internas, sem falhas e regulamentando exhaustivamente cada área ou matéria jurídica. Um monumento que, para além de se afirmar como fundamental instrumento da organização jurídica e judicial de um povo, se revela igualmente fundamental enquanto instrumento de organização política de um território. Não deixa de suscitar alguma estranheza o facto desta autonomização jurídica, assim concebida e modernamente desenhada, responder a tão vitais exigências de natureza política. Paradigma destes códigos modernos – os códigos, por antonomásia –, a ideia do *Code Napoléon* adquire consistência política, e materialidade, no decurso da própria Revolução Francesa. Bobbio mostra bem de que modo as ideias iluministas, alimentando-se de toda a herança teórica do racionalismo de Seiscentos e de Setecentos, vêm a encarnar em forças histórico-políticas, “dando lugar à Revolução Francesa”³⁸², ganhando projecção nessa esfera política, e prática, através da construção do moderno conceito de lei e de legislação. “A filosofia dos tronos ilustrados, primeiro, e mais tarde a revolução, levaram até às suas últimas consequências os postulados jurídicos do absolutismo, que haviam encontrado na lei o instrumento para expressar uma vontade política suprema e unitária, mas, ao mesmo tempo, e sobretudo, fizeram dela veículo da razão, identificando-a com uma regra de governo impessoal e não arbitrário”³⁸³. Curiosamente, pois, esta nova técnica de legislação vem a servir tanto o projecto monárquico ilustrado, como as necessidades económicas e sociais da burguesia revolucionária³⁸⁴. Sem deixar de se afirmar, naturalmente, como verdadeiro acto de soberania, ao serviço de um determinado programa político. Consegue deste modo,

ciência a um papel puramente mecânico. Toda a regra jurídica teria a sua origem, necessária e exclusiva, na vontade soberana do legislador, por seu turno sintetizada pelos códigos. O intérprete, magistrado, prático ou sábio, dever-se-ia limitar a constatar ou deduzir a solução legal, para a aplicar, sempre matematicamente, às hipóteses concretas. Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, p. 72.

³⁸² Para Bobbio, é durante o desenrolar da Revolução Francesa que ganha consistência política a ideia de codificar o Direito. Cfr. Norberto BOBBIO, *op.cit.*, p. 65.

³⁸³ Cfr. Gema MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 79.

³⁸⁴ Cfr. *ibidem*, p. 86.

sobretudo a partir do momento em que os tronos iluminados dão lugar à vontade geral do povo, congregar em si a defesa de valores e objectivos essenciais para o novo modelo de sociedade que se vai perfilando: garantindo, por um lado, a segurança e certeza jurídicas capazes de cercear a discricionariedade judicial anteriormente propiciada por um direito incerto; por outro lado, dotando de legitimidade política e racional um ordenamento jurídico que vem a gozar da veneração anteriormente dirigida ao direito natural racional.

A segurança e a certeza jurídicas são valores pressupostos pela ordem jurídica resultante da revolução francesa, desempenhando uma função indispensável no Estado de Direito para que essa revolução aponte³⁸⁵. A unificação num texto claro e preciso, de aplicação geral, do direito – nomeadamente do Direito civil -, fora uma das principais reivindicações dos revolucionários franceses³⁸⁶. Uma exigência justificada pela necessidade de “abolição dos privilégios e limitações da super-estrutura feudal, agora estiolada”, e pela exigência de “re-fundar as relações entre privados sobre os princípios da igualdade, da liberdade e da soberania individual. Em causa, estava igualmente a edificação de uma nova justiça, assente na primazia da lei enquanto manifestação do direito e da vontade popular, e na desconfiança relativamente a todas as outras fontes jurídicas”³⁸⁷. Esta segurança jurídica analisar-se-ia nos diversos atributos que

³⁸⁵ Um Estado de direito com características muito peculiares, que se afirmava através do princípio da legalidade e da redução do direito à lei que este comportava. De onde advinha uma exclusão ou, pelo menos, uma clara subsunção à lei das restantes fontes de Direito. Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 24. Aquilo que para Marcilla Córdova constitui o princípio reitor do estado liberal de direito oitocentista, em oposição ao antigo regime, será, pois, a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, submetidos ao controlo jurídico da lei. Cfr. Gema MARCILLA CÓRDOBA, *op.cit.*, p.128.

³⁸⁶ Guy Canivet mostra essa unificação como o seguimento lógico e necessário da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, que havia, em 1789, proclamado o advento do reino da lei. Uma lei necessariamente geral, que não fizesse distinção entre os cidadãos. Cfr. Guy CANIVET, “Présentation en forme d’avant-propos”, in François EWALD (dir.), *Naissance du code civil. La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 2004, p. xi.

³⁸⁷ Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA / Joana Aguiar e SILVA / António Lemos SOARES, *História do direito. Do direito romano à Constituição europeia*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 235-236; sobre o código civil francês, ver também Mário Reis MARQUES, *O Liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra, Separata do volume XXIX do suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987, pp. 134-142.

formalmente a lei deveria apresentar para corresponder às expectativas de cognoscibilidade – era importante que se pudesse conhecer as leis em vigor –, e de previsibilidade – para com elas se poder orientar as condutas sociais –, que rodeavam o processo da sua ascensão. Neste sentido, a lei deveria preencher determinados requisitos, como os da generalidade, da abstracção, da publicidade, da clareza, da coerência, para tornar essa segurança efectiva. Para que efectivas fossem também outras fundamentais bandeiras revolucionárias, como eram as da igualdade de tratamento e da uniformidade da aplicação do direito.

Quanto à legitimidade, se inicialmente advém da própria natureza intrinsecamente racional das leis, da sua acabada perfeição, gradualmente essa legitimidade desloca-se para critérios acentuadamente formais. A legitimidade da lei passa a constituir um reflexo da legitimidade formal de que está investido o legislador. Fruto do monarca iluminado ou da assembleia popular, a lei goza da legitimação da sua origem formal. E a razão, que tão bem se soubera conciliar com a vontade durante um certo período de tempo, rapidamente se transmuta na dura realidade do poder, que é a vontade política³⁸⁸.

Enquanto projecto político, a codificação não só pressupõe a onipotência de um legislador que se concebe como universal³⁸⁹, como pretende a completude e coerência do ordenamento jurídico³⁹⁰. Estes atributos, como já tivemos ocasião de referir, deverão possibilitar a eficácia da divisão de poderes. A ideia de que, uma vez em vigor, a codificação vai transformar o Direito numa realidade clara, simples, por todos inteligida, e sem quaisquer falhas, faz Norberto Bobbio lembrar a argumentação desenvolvida por Siéyès num debate da Assembleia constituinte, em 1790. Defendendo

³⁸⁸ “O entusiasmo revolucionário que tinha edificado um sistema de Direito positivo pela primeira vez coincidente com a razão e com a natureza não podia ser duradouro”. Quem o afirma é Luís Prieto Sanchís, que acrescenta que, depois da definitiva afirmação do Estado liberal do século XIX, são o voluntarismo e a nua realidade do poder afirmadas por Bodin e por Hobbes que se vêem renascer, apesar de terem sabido, transitoriamente, conciliar-se com uma visão racionalista do Direito e do Estado. Agora, “o direito já não será necessariamente a encarnação da justiça ou da racionalidade, mas antes o fruto de uma vontade política”. Cfr. Luís PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 27.

³⁸⁹ Capaz de ditar leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares, como nos diz Bobbio. Cfr. Norberto BOBBIO, *op.cit.*, p. 65.

³⁹⁰ Sobre os diferentes tipos, históricos e doutrinários, de Codificação, e traçando a distinção entre codificação substantiva e codificação formal, cfr. Jean-Louis BERGEL, “Principal features and methods of codification”, *Louisiana Law Review*, vol. 48, pp. 1073 e ss., May, 1988.

a instauração de júris populares, o Abade sustenta que, no dia em que a Codificação vier efectivamente a vigorar, o procedimento judiciário se irá limitar a realizar apreciações de facto, uma vez que a determinação do direito aplicável a cada situação – processo que exigia, antes da existência dos códigos, a intervenção de técnicos especializados – se fará sem qualquer dificuldade. A necessidade anteriormente sentida quanto à intervenção de juristas seria fruto exclusivo da multiplicidade e da irracional complicação das leis existentes. No mesmo debate, um dos grandes ideólogos do Código Napoleónico, Cambacérès, terá afirmado, nesse mesmo sentido, que “no futuro, os processos não apresentarão quase nunca pontos de direito a ser discutidos”³⁹¹.

5. A lei moderna e a moderna teoria da interpretação jurídica: o código de Napoleão

Este fundamental postulado da lei moderna, das modernas codificações, traz-nos mais uma vez, à questão, para nós central, da interpretação. Com efeito, ao procurar-se a máxima precisão possível nos textos legais, considerados uma projecção da razão universal, organizados num todo coerente, consistente e completo, aquilo que se procura é, desde logo, reduzir ou mesmo eliminar a necessidade de posteriores interpretações³⁹². Pretende-se alcançar um verdadeiro Direito *prêt-à-porter*, que dispense ajustes ou adaptações. O receio manifesta-se claramente em relação a uma interpretação que se teme capaz de adulterar e distorcer o produto racional do legislador absoluto. Uma interpretação que se manifeste fonte de incertezas, de imprevisibilidade e de insegurança. Esta, precisamente, a origem moderna do já referido mito da interpretação negativa: aquilo que é claro dispensa interpretação. Quanto mais claros, mais precisos e mais simples os textos legais, menor a fatia que é deixada para a actividade interpretativa e, conseqüentemente, menor o risco de erros ou de abusos. Esta visão muito simplificada dos processos de interpretação, que permite a sua dispensa em caso

³⁹¹ Cfr. Norberto BOBBIO, *op.cit.*, pp. 66-69.

³⁹² “O programa de renovação legislativa do Absolutismo monárquico proporá a procura da máxima precisão possível nos textos legais e a conseqüente eliminação ou redução dos problemas de interpretação”. Cfr. P. SALVADOR CODERCH, “El *casus dubius* en los Códigos de la Ilustración germánica”, *apud* Gema MARCILLA CÓRDOBA, *op.cit.*, p. 88, nota 236.

de clareza imediata do texto, parece ter sido acolhida pelo próprio Portalis, autor do Discurso Preliminar ao Código Civil francês e talvez o mais carismático dos quatro comissionados por Bonaparte para a elaboração do projecto daquele que viria a ser o *Code Napoléon*. O que, em certa medida, não deixa de parecer estranho, dada a ponderação, a sensatez e o equilíbrio que Portalis parece ter posto em todas as activas intervenções que teve ao longo da elaboração da “plus noble ouvrage” de Napoleão³⁹³. Ou não, pois a consciência da clareza enquanto resultado interpretativo talvez seja ideia de pós-modernos....³⁹⁴ Quanto a Portalis, ele é um profundo admirador de Bonaparte, em quem vê o general que conseguira restabelecer a paz e a ordem e “graças ao qual a França, depois da desordem e da revolução, desfrutava mais uma vez da segurança do Direito”³⁹⁵. Apesar de os restantes juristas comprometidos com a redacção deste monumental projecto legislativo – Tronchet, Maleville e Bigot de Préameneu – terem apostado os seus nomes ao lado do de Portalis no final do texto que constitui o discurso preliminar de apresentação do mesmo projecto ao Conselho de Estado, ele sai realmente da pena deste último, de igual modo considerado o principal responsável por grande parte das doutrinas consagradas no Código. O que constitui, só por si, sintoma de que algo de impensado sucedeu com este texto.

Portalis é um conservador, como conservadores parecem ter sido os seus parceiros de projecto. Homens, e juristas, todos eles educados no *Ancien Régime*, são, na afortunada expressão de Halpérin, discípulos, e não profetas³⁹⁶. E a obra que levam a cabo é precisamente uma obra de compromisso, que opera a harmonização do melhor

³⁹³ Cfr. STENDHAL, *Vie de Napoléon*, Paris, Éditions Payot, 1969, p. 69.

³⁹⁴ Uma questão que poderá ter estado presente nas considerações de Portalis é o facto de, como nos mostra Prieto Sanchís, e apesar de tudo quanto vai dito, o princípio *in claris non fit interpretatio* apontar numa direcção basicamente correcta. Com efeito, os problemas interpretativos com algum interesse surgiriam precisamente nos casos duvidosos ou controvertidos. Com esta recomendação se pretenderia evitar não a actividade interpretativa em si considerada, mas uma interpretação frenética que acabasse por distorcer o sentido de preceitos claros e conclusivos. Até porque, e esta é uma ideia fundamental que teremos oportunidade de desenvolver mais tarde, esses casos duvidosos ou controvertidos, que levantam problemas interpretativos, não costumam encontrar-se nos enunciados em si mesmos considerados, mas antes nos concretos contextos de decisão. Pelo que uma mesma disposição normativa poderá suscitar dúvidas em algumas ocasiões, e noutras não. Cfr. Luís PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del derecho*, p. 229.

³⁹⁵ Cfr. R. C. VAN CAENEGEM, *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo, Martins Fontes, 1995, p. 8.

³⁹⁶ Cfr. JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p. 19.

dos dois mundos: aproveitando o que de bom é possível preservar do direito, ou direitos, antigo e conciliando-o com as conquistas e com as necessidades jurídicas da Revolução e da modernidade. Essa, sem dúvida, a intenção do estratega Bonaparte, ao tão escrupulosamente nomear esta comissão. A de permanecer fiel a determinadas tradições, características do *Ancien Régime*, sem contudo deixar de acolher as fundamentais conquistas jurídicas e sociais da Revolução, num claro esforço de recuperação da estabilidade política e de reconciliação nacional³⁹⁷. Onde o espírito que verdadeiramente preside à elaboração do texto legal tem maior visibilidade é, seguramente, no discurso preliminar a que temos vindo a fazer referência. Aí se revelam, com meridiana clareza, as fundamentais orientações filosóficas que irão guiar o posterior tecido legislativo. Orientações filosóficas que parecem ir num sentido muito diferente daquele que temos vindo a apontar como distintivo do paradigmático Código de 1804. Ainda hoje o texto de Portalis permanece o rosto emblemático do ainda em vigor Código Napoleónico, nele se encontrando talvez as chaves de uma tão larga vigência³⁹⁸. Uma vigência que dificilmente pode ser explicada e justificada pelo seu imanente legalismo, ou pela sua imanente lógica racionalista e dedutivista. Precisamente porque essas talvez não constituíssem características do texto legislativo em questão. O que verdadeiramente parece ter ido ao encontro daqueles tão proclamados anseios gerais, parece ter sido não o texto legislativo, em si mesmo, do Código, mas antes o uso que os seus intérpretes – aqueles cuja actividade se pretendia cercear – dele fizeram. É aí que começamos a notar as contradições que, mais do que oporem o discurso preliminar ao corpo do Código, se manifestam entre estes e a prática que posteriormente à promulgação do Código sobre ele vem a operar.

Norberto Bobbio dá conta precisamente desse fenómeno observando que, se o Código Napoleónico foi considerado o início absoluto de uma nova tradição, em completa ruptura com a precedente, isto se ficou a dever não aos redactores do próprio

³⁹⁷ Uma mistura de velho e de novo que se adequava ao clima político da nação e que, depois da queda do *ancien régime*, se mostrou também particularmente adequada à sociedade burguesa do século XIX. Cfr. R.C.van CAENEGEM, *op.cit.*, p. 6. Contra, Ruggiero, atribuindo a robustez e a vitalidade da nova legislação francesa ao facto de terem os seus compiladores sabido prescindir das velhas ideias e dos velhos ordenamentos. Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, trad. esp. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Reus, 1929, p. 105.

³⁹⁸ Numa perspectiva comparatista da importância do Código napoleónico, para a França e para “o resto do mundo”, cfr. Basil MARKESINIS, “Two hundred years of a famous code: what should we be celebrating?”, *Texas International Law Journal*, vol. 39, pp. 561 e ss., Summer, 2004.

Código, mas antes aos seus primeiros intérpretes³⁹⁹. O que não deixa de surpreender, talvez por habituados que estamos a associar o próprio Código Napoleónico ao culto da lei professado pelos seus empenhados intérpretes da Escola da Exegese⁴⁰⁰. A distorção acontece, segundo o pensador italiano, precisamente no diferente alcance que é atribuído ao artigo 4º pelos seus redactores e pelos juristas daquela escola, que nasce precisamente em resposta à promulgação do próprio *Code*. Artigo 4.º que, em moldes gerais, traça os limites das funções judiciais na sua relação com os poderes legislativos.

Antes ainda de nos debruçarmos sobre a análise deste preceito, atentemos um pouco melhor nos terrenos ideológicos em que se move a Escola da Exegese, símbolo da consagração doutrinal do juspositivismo legalista. O período histórico vivido, o ideário e os valores proclamados pela sociedade francesa do início de oitocentos, são de uma maneira geral assumidos pelos juristas que se vão dedicar ao estudo e exploração científica do novo Código Civil. Os desejos de segurança e certeza jurídicas encontravam nesta nova técnica legislativa um instrumento fundamental para operar uma racionalidade lógica e dedutiva. No mesmo sentido, e como já observámos, a fidelidade ao Código proporcionava o veículo ideal para fazer vingar a doutrina da separação dos poderes, dotando a magistratura de uma espécie de prontuário no qual ela quase sempre podia encontrar solução para as suas necessidades práticas. Desta forma se garantia a completa autonomia das funções legislativa e judicial⁴⁰¹, assegurando o menosprezo pela jurisprudência enquanto reverso do culto à lei. E este culto à lei foi inteiramente avocado pelos exegetas da nova Escola, que a acolhiam e esquadriavam como se de uma entidade com poderes sobrenaturais se tratasse. Aliás, essa precisamente a origem da designação aposta à Escola: o termo exegese assinala, tradicionalmente, a investigação do significado de textos clássicos - textos jurídicos,

³⁹⁹ Cfr. Norberto BOBBIO, *op.cit.*, p. 73.

⁴⁰⁰ “Fundado sobre o dogma da vontade e sobre o da propriedade, o código francês representou definitivamente a tábua das leis, mas não tanto pela sua própria estrutura ou pelo seu conteúdo normativo, quanto, como geralmente acontece, por obra daqueles intérpretes que com justa razão merecem a designação (cunhada por Julien Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, 1924) de Escola da Exegese”. Cfr. Gianluigi PALOMBELLA, *Filosofia del diritto*, 1996, trad. esp. J. Calvo González, *Filosofia del derecho*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 91.

⁴⁰¹ Sobre a diferença entre funções e poderes, e argumentando no sentido de que a divisão de poderes não tem que implicar que cada poder exerça uma só função material, cfr. António M. Barbosa de MELO, *Sobre o problema da competência para assentar*, Coimbra, polic., 1988, pp. 4 e ss..

textos literários, mas fundamentalmente textos religiosos, nomeadamente a Bíblia. E como se pode ler na *Enciclopedia Garzanti de la Filosofia*, é a peculiaridade do texto bíblico, considerado como revelação divina em palavras humanas, a que verdadeiramente determina a singularidade do estatuto epistemológico da mesma exegese⁴⁰². Ora, o Código Napoleónico é tido pelos representantes da Escola da Exegese como uma verdadeira Bíblia, palavra revelada pelo todo-poderoso legislador, produto acabado da razão universal⁴⁰³. E nessa medida, praticamente intocável. Há que estudá-lo, trabalhá-lo e interpretá-lo, sem jamais ofender ou macular os seus limites, a sua racionalidade imanente. Que é a racionalidade do seu autor, o onnipotente legislador. Compreendemos assim que um dos fundamentais postulados hermenêuticos da Escola da Exegese, e do positivismo oitocentista em geral, seja o da chamada “semântica da vontade”, de acordo com a qual se entende que o sentido de um texto legal é dado pela intenção do legislador. É esta intenção, esta vontade – racional, e não arbitrária – que tem que se investigar para alcançar o verdadeiro significado da lei, quando este não se infere directamente da leitura da mesma⁴⁰⁴.

⁴⁰² Cfr. *Enciclopedia Garzanti de la Filosofia*, pp. 320 e ss..

⁴⁰³ É marcante a expressão atribuída a Bugnet, segundo a qual este haveria dito: “eu não conheço o direito civil, eu só ensino o código de Napoleão”. Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, I vol., p. 30.

⁴⁰⁴ Que as chaves hermenêuticas daquilo que se denomina por concepção tradicional do método jurídico residem em torno da semântica da vontade, é o que tem sido defendido por Manuel Calvo García. O postulado de um significado profundo que se concebe como aquilo que foi expresso pela letra tem uma presença efectiva na justificação das interpretações legais no contexto da ciência positivista do século XIX. “Do mesmo modo”, observa o autor, “os ideais de plenitude, coerência, universalidade e intemporalidade não se incorporam na superfície do texto, na própria letra da lei, mas sim no seu significado profundo, que continua a conceber-se como uma instância racional. A pressuposição que identifica por trás da expressão da lei um conteúdo intelectual profundo, a vontade do legislador, um significado objectivo, é uma mera «ficção»; mas tem múltiplas funções de tipo prático e ideológico. Para começar, as ficções hermenêuticas baseadas na «semântica da vontade» permitem mascarar a intervenção prática do intérprete na aplicação da lei como uma actividade meramente «formal». Deste modo se exclui (ideologicamente, pelo menos) qualquer possibilidade de criação de direito pelo intérprete e a interferência de elementos materiais que pudessem pôr em perigo a autonomia e a neutralidade na aplicação do direito. Por outro lado, mediante esta ficção hermenêutica, as interpretações jurídicas ligam-se à lei com uma espécie de vínculo hipostático. Desta forma nega-se até a mera possibilidade de interferências ou opacidades, sejam de carácter subjectivo ou objectivo, e inscreve-se a interpretação directamente na lei. Com o que, por um lado, se atribui ao legislador a vontade que decide o caso concreto e, por outro, se legitimam as interpretações autorizadas, dotando-as de uma autoridade incontestável. Mais ainda, esta ficção hermenêutica também legitima a possibilidade de que o intérprete

Já François Géný, no seu extraordinário *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, escrito no início do século XX, ao constatar a decisiva influência exercida pelo fenómeno da codificação nos métodos da interpretação jurídica, não deixa de notar que esta nova concepção do papel desempenhado pelo intérprete do direito codificado não estaria na intenção nem no horizonte de expectativas dos seus autores, os sábios conselheiros escolhidos por Napoleão para elaborarem a obra. Aos olhos destes mesmos conselheiros, continua o genial jurista francês, a promulgação da legislação codificada deixaria intacta, naquilo que lhe era verdadeiramente essencial, a liberdade da interpretação jurídica⁴⁰⁵. Géný vai mais longe, defendendo que essa viragem nem sequer pode ser imputada aos primeiros estudiosos e intérpretes do código, homens na sua maioria formados nos quadros da jurisprudência do antigo regime, que dificilmente pactuariam com a eliminação do progresso doutrinal e judiciário do direito aplicado em função da mera publicação de uma lei civil geral. A responsabilidade, atribui-a o autor a uma nova geração de juriconsultos, que se começa a tornar conhecida na segunda metade do séc. XIX, e que, alimentada pelo espírito das codificações, mostra render-se aos rigorosos quadros da metodologia legalista: a ideia é a de que, desde que bem compreendida e interpretada a lei, podemos e devemos esperar que esta nos forneça todas as soluções jurídicas desejadas e desejáveis. Pelo que os esforços da doutrina francesa se dedicaram quase exclusivamente, a partir de dada altura, à interpretação *stricto sensu* dos textos legais, “seguindo o texto passo a passo”, nas palavras de um dos mais ilustres representantes da Escola da Exegese, Demolombe, e assim se podendo orgulhar de mais facilmente descobrir o pensamento do legislador⁴⁰⁶. Esta semântica da vontade – dirigindo a interpretação da lei pela intenção do legislador – acaba por vir a mobilizar todos os recursos hermenêuticos, que vão sendo convocados com o intuito de alcançar aquele propósito.

corrija os defeitos superficiais da lei. Plenitude, harmonia, generalidade e intemporalidade são ideais que nascem para lá do texto da lei. São o resultado de uma sobre-codificação transcendente realizada a partir da *alma da lei* ou da *vontade do legislador*”. Cfr. Manuel CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 94-95.

⁴⁰⁵ Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, pp. 23 e ss.. É atribuído a Napoleão o desabafo “o meu código está perdido!”, na altura em que foi publicado o primeiro comentário àquele texto...

⁴⁰⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 29 e ss..

O que nos traz de volta ao já referido artigo 4.º do código de Napoleão. Muito do edifício exegético civilista se ergueu sobre a interpretação levada a cabo sobre este texto legal, que, ainda que reformulado, transitou do Título V do Livro Preliminar (*Da aplicação e da interpretação das leis*), onde constituía o artigo 12.º, para o artigo 6.º do Título Preliminar da versão revista⁴⁰⁷, até configurar o artigo 4.º do Título Preliminar (*Da publicação, dos efeitos e da aplicação das leis em geral*) da versão definitiva promulgada em 1804. Um texto que dispunha (e dispõe) que:

“O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de justiça denegada”.

Com este artigo se proíbem, pois, os juízos de *non liquet*. Nada de extraordinário, diríamos, e muito menos de taxativo na resolução das referenciadas situações de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Para fazer face a essas situações, haviam os redactores do Projecto elaborado um conjunto de regras hermenêuticas, constantes do Título V do Livro Preliminar, e haviam igualmente contemplado a legitimidade do recurso a fontes jurídicas como o costume ou os usos (no Título I, artigos 4.º e 5.º). Daquele conjunto de regras hermenêuticas constava, concretamente, um artigo que provocou aceso debate entre os tribunais, vindo, juntamente com a quase totalidade dos restantes, a ser eliminado da versão definitiva⁴⁰⁸. O artigo era o 11.º e nele se podia ler que:

“Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adoptados no silêncio da lei positiva”.

Referindo-se ao artigo 4.º do texto definitivo, Alf Ross entende que o preceito pressupõe claramente que o juiz, nos casos indicados, esteja autorizado para interpretar a lei. Indo ainda mais longe, afirma o autor que a intelecção natural, e até mesmo necessária, do texto em questão, conduz a que o juiz, nas visadas situações, esteja autorizado, ou mesmo obrigado, a ditar sentença seguindo para isso o seu próprio critério. Este um sentido que ele entende ser o originário do preceito, corroborado pela

⁴⁰⁷ Cfr. François EWALD, dir., *Naissance du Code Civil*, pp. 91 e ss..

⁴⁰⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 95 e ss.. Ver também John GILISSEN, *Introdução histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.ª ed., pp. 538-540; Norberto BOBBIO, *op.cit.*, pp. 73 e ss..

localização inicial do texto no Livro Preliminar, imediatamente após o artigo em que se estabelecia que, perante o silêncio da lei, o juiz era convertido em “ministro da equidade”⁴⁰⁹.

Aconteceu que, como já se referiu, a versão definitiva do Código, por obra do Conselho de Estado, decidiu não contemplar este preceito, que indicava ao magistrado/intérprete qual o material de que se deveria socorrer quando estivesse em presença de leis silentes, obscuras ou insuficientes. E o espaço que ficou em branco rapidamente foi tomado de assalto pelos legalistas que, limitados às instruções oferecidas pelo artigo 4.º, dele fizeram uma curiosa “interpretação extensiva”. Tudo aponta para que a intenção dos redactores do texto fosse a de “evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma lei precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os actos ao poder legislativo, para obter disposições a propósito”⁴¹⁰. Pelo artigo 4.º, os magistrados não podiam abster-se de julgar com fundamento nas deficiências da lei, ou na sua ausência. Sem o artigo 11.º, entenderam os intérpretes do Código que o artigo 4.º consagrava a plenitude e completude da própria lei codificada. Se esta é a única fonte de direito admitida como tal, e se o magistrado não se pode recusar a julgar uma causa invocando *pretextos* como os do silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, isso significa que lhe competirá, de alguma forma, desmontar essa falha legal, sempre aparente. No seio da ordem jurídica positiva, a partir do seu interior, sempre se alcançará a correcta solução para todas as situações que juridicamente dela careçam⁴¹¹. Nomeadamente pela determinação da vontade legislativa, que sempre terá que se presumir racional. O dogma da onipotência do legislador implica, para os juspositivistas legalistas do séc. XIX, o da plenitude lógica do sistema legal, rejeitando-se por essa via a possibilidade de o intérprete recorrer, para resolução de uma qualquer controvérsia, a elementos estranhos à lei suprema⁴¹². Este acaba por ser,

⁴⁰⁹ Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 94.

⁴¹⁰ Cfr. Norberto BOBBIO, *op.cit.*, p. 77. Prática que dava pelo nome de *référé législatif* e que Ross, nomeadamente, entende ter que se ver derogada pelo artigo 4.º. Quanto a este *référé législatif*, facultativo ou obrigatório, ver François GÉNY, *op.cit.*, vol. I, p. 78.

⁴¹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 77-78. Ross refere também que, na Alemanha, o artigo 4.º do Código Napoleónico terá sido interpretado (erradamente) neste mesmo sentido, identificado-se com a expressão clássica da “plenitude lógica do direito”. Cfr. Alf ROSS, *op. cit.*, p. 94, nota 16.

⁴¹² Todo este entendimento vem, por outro lado, ao encontro do teor do decreto de 16-24 de Agosto de 1790, que consagra em França o princípio da separação dos poderes. Visando obstar às invasões que em

dominantemente, o pressuposto subjacente, desde sempre, ao apelo que em matéria de interpretação jurídica vai sendo feito aos critérios hermenêuticos delineados por Savigny, a que antes nos referimos. Pressuposto que igualmente subjaz à anteriormente tão proclamada, e hoje tão fragilizada, autonomia dos momentos interpretativo e integrativo⁴¹³.

6. Conservadorismo do Discurso Preliminar

O que tudo isto nos mostra é que nem o artigo 4.º parece ter sido redigido com a intenção e com o sentido que mais tarde veio a corporizar, nem esse sentido parece vir minimamente confirmado pelo texto que mais claramente revela o teor filosófico e ideológico desta obra codificatória: precisamente o discurso preliminar a que temos vindo a fazer referência. Discurso preliminar em que Portalis se mostra perfeitamente consciente não só das limitações naturais de que sofre a técnica legislativa, mas também das indispensáveis virtudes de uma laboriosa jurisprudência, que por seu turno, “à falta de texto preciso sobre cada matéria”, deverá lançar mão de recursos tão valiosos e indispensáveis como “um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões parecidas, uma opinião ou uma máxima recebida”. Recursos estes que, em determinadas circunstâncias, deverão, segundo Portalis, ocupar o lugar de uma lei. “Quando nada do que está estabelecido ou é conhecido nos dirige, quando se trata de um facto absolutamente novo, remontamos aos princípios de Direito Natural.

tempos anteriores o poder judiciário exercia sobre o legislativo, vem o mesmo decreto a garantir para a assembleia legislativa não só o direito de, em exclusividade, elaborar todas as disposições gerais, como também o direito de se arrogar qualquer interpretação da lei. “A ideia da constituinte parece ter sido a de que os tribunais se deveriam limitar a aplicar a lei, nas suas disposições claras e precisas, sem poder interpretá-la, em caso de dificuldade real e séria sobre o seu alcance”. A partir daqui se vem a desenvolver a instituição do *référé législatif*. Cfr. François GÉNY, *op. cit.*, pp. 77 e ss..

⁴¹³ Um preconceito que teima em resistir, inclusivamente, aos já mais que consagrados quadros metodológicos do neo-juspositivismo, muito bem representado por Herbert Hart. Uma das mais lídimas características que hoje identificam as posições juspositivistas é precisamente a da tese da discricionariedade do julgador em matéria de lacunas. Cfr. *infra* cap. IV.3 da II Parte.

Pois se a previsão dos legisladores é limitada, a natureza é infinita: aplica-se a tudo aquilo que possa interessar aos homens”⁴¹⁴.

A possível confluência de todas estas matrizes vai permitindo traçar um quadro em que, por outro lado, se torna imperiosa e determinante a própria actividade interpretativa dos aplicadores do Direito. Se esta aplicação não se pode reduzir a um processo mecânico e dedutivo, em que ao jurisconsulto caiba apenas a tarefa de declarar um Direito previamente posto, a mediação activa deste torna-se assim inultrapassável. Uma mediação activa que se assume como verdadeiramente hermenêutica. Ainda que sem se ocupar demasiado com a estrutura e os limites desta actividade, Portalis não deixa de, em diversas ocasiões, acusar o seu imprescindível concurso nos vários momentos de determinação do Direito. Até porque, nas suas palavras, “um código, por mais completo que possa parecer, quanto mais depressa se julga acabado, mil e uma questões se vêm oferecer ao magistrado. Porque as leis, uma vez redigidas, permanecem tal como foram escritas. Os homens, pelo contrário, não descansam nunca; agem sempre: e este movimento, que não pára nunca, e cujos efeitos são diversamente modificados pelas circunstâncias, produz, a cada momento, alguma combinação nova, algum *facto novo*, algum resultado novo”. Face a isto, “é ao magistrado e ao jurisconsulto, penetrados pelo espírito geral das leis, que compete dirigir a sua aplicação. Daí que, em todas as nações civilizadas, vemos sempre formar-se, ao lado do santuário das leis, um depósito de máximas, de decisões e de doutrina que diariamente se depura pela prática e pelo choque dos debates judiciários, que se acrescenta sem cessar de todos os conhecimentos adquiridos, e que constantemente é considerado como o verdadeiro suplemento da legislação⁴¹⁵”. Mais à frente, distinguindo a existência de dois tipos de interpretação, observa Portalis que “a interpretação por via da doutrina consiste em captar o verdadeiro sentido das leis, em aplicá-las com discernimento e em supri-las nos casos que não regularam. Sem este tipo de interpretação, poderia conceber-se a possibilidade de cumprir com o ofício de juiz?”⁴¹⁶ A interpretação por via da

⁴¹⁴ Cfr. Étienne PORTALIS, *Discours Préliminaire*, in François EWALD, *op.cit.*, pp. 42-43.

⁴¹⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 41 e 42. Um século e meio mais tarde, Emilio Betti virá a fazer uma reflexão em tudo semelhante. Cfr. *infra* cap. V, n.º 1 da II Parte.

⁴¹⁶ Uma perspectiva que vai no mesmo sentido da crítica que dirige ao instituto do *référé législatif*: “sobre o fundamento da máxima segundo a qual os juízes devem obedecer às leis e que lhes está proibido interpretá-las, os tribunais, nestes últimos anos, reenviavam os justiciáveis, mediante recursos de urgência, ao poder legislativo, sempre que careciam de lei ou a lei existente lhes parecia obscura. O

autoridade consiste em resolver as questões e as dúvidas por via de regulamentos ou disposições gerais. Este tipo de interpretação é o único que está vedado ao juiz⁴¹⁷.

Apesar de ter sido eliminado o artigo 11.º do Título V do Livro Preliminar, a caracterização do magistrado como um ministro da equidade não deixa de estar presente no Discurso Preliminar, ao afirmar-se que “quando a lei é clara, há que segui-la; quando é obscura, há que aprofundar as suas disposições. Se se carece de lei, há que consultar o costume ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, em caso de silêncio, contradição ou obscuridade das leis positivas”. Esta concepção permite a Portalis defender que “é à jurisprudência que abandonamos os casos raros e extraordinários que não saberiam entrar no plano de uma legislação razoável, os detalhes demasiado variáveis e demasiado discutíveis que não devem ocupar o legislador, e todos os objectos que em vão nos esforçaríamos por prever, ou que uma previsão precipitada não poderia definir sem riscos. Corresponde à experiência colmatar sucessivamente os vazios que deixamos. Os códigos dos povos fazem-se com o tempo; mas falando com propriedade, não se fazem”⁴¹⁸.

São diversas as sugestões doutrinárias e práticas que ao longo do Discurso Preliminar se nos oferecem, contendo indicações muito concretas quanto à latitude de que deverá dispor o intérprete do Direito. Portalis não se mostrou minimamente embaraçado em admitir as raízes da sua formação jusnaturalista. “Faça-se o que se fizer, as leis positivas não saberiam nunca substituir completamente o uso da razão natural nos negócios da vida”⁴¹⁹. Partindo daí, não hesita em admitir na sua concepção de ordenamento jurídico, e nas múltiplas relações dialécticas que aquando da sua realização podem ocorrer, o concurso de todo um conjunto de diferentes fontes jurídicas, relevantes cada uma a seu modo e em função das circunstâncias. Fontes que o jurista francês não teme consagrar como verdadeiro suplemento de uma legislação que, pela sua própria natureza, não se pode substituir às restantes fontes. A vocação de durabilidade, permanência e estabilidade que deve acompanhar a promulgação de qualquer lei obriga a mesma a uma determinada estrutura geral e abstracta que, acolhendo no seu seio as fundamentais funções complementares da jurisprudência, da

Tribunal Supremo reprimiu constantemente esse abuso como uma denegação de justiça”. Cfr. *ibidem*, p. 45.

⁴¹⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 45-46.

⁴¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 47-48.

⁴¹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 41.

doutrina ou da equidade, lhe permitam permanecer idêntica, apesar da extrema diversidade das solicitações e das circunstâncias da sua aplicação. Não é uma constante intervenção legislativa que vai fazer face às infundáveis mutações que a vida oferece ao Direito. Ao génio do magistrado, do jurisconsulto, daquele que tem que mergulhar nas situações de facto e nelas fazer valer a ordem do Direito, a esse compete verdadeiramente velar pela permanência das leis. Pela sua durabilidade e pela sua efectiva vigência. Verdadeiros penhores de uma boa legislação são o seu sentido de justiça, a sua capacidade de compreensão, o seu conhecimento da ordem jurídica e, porventura, da própria natureza humana.

Estranhas vicissitudes as da História que, abstraindo de tão férteis laudas como as lavradas por Jean Étienne Portalis, deram ao texto de que estas eram o rosto e que procuravam apresentar um destino tão diferente daquele que parecia estar na intenção do seu principal autor. Sob o império da lei, a jurisprudência tornou-se mimética, a interpretação doutrinária assumiu a empobrecida e praticamente exclusiva função de determinação da vontade legislativa, e o costume viu-se remetido ao silêncio que a sua longevidade lhe impunha. O quadro que assim a prática foi compondo, muito distante daquele que os próprios redactores do Código teriam em mente, reflecte verdadeiramente todo o circunstancialismo histórico, político-social, que rodeou o momento da promulgação da obra-prima daquele que nesse mesmo ano seria consagrado Imperador. O contexto que se vivia favoreceu, sem dúvida alguma, o estudo e análise dogmáticos do Direito vigente, a sua identificação com o produto estadual da legislação, e a sua aplicação silogística e mecanicista: a ânsia era a de ver o direito ser uniformemente aplicado em todo o território a ele submetido⁴²⁰. Assim, o Estado de direito oitocentista afirmou-se como um Estado legislativo, identificado por sua vez com uma teoria de fontes à qual claramente subjaz o princípio da legalidade: o Direito reduz-se à lei, com a exclusão, ou, pelo menos, a submissão, de todas as demais fontes do Direito a essa lei. “O princípio reitor do Estado liberal de direito, em oposição ao

⁴²⁰ A ânsia era, antes de mais, a de consolidar a existência de uma lei única, comum, à qual se submetessem todos os cidadãos franceses. Uma das exigências da Revolução passava pela unificação das tradições dos “pays de droit écrit”, do Sul, onde a base da jurisprudência era o direito romano, e os “pays de droit coutumier”, sobretudo do Norte, que deveriam encontrar o seu lugar numa legislação de tipo uniforme, que contemplasse inevitavelmente os numerosos princípios que derivavam da Revolução e do Iluminismo. Cfr. R.C. van CAENEGEM, *op.cit.*, pp. 6-7; Mário Reis MARQUES, *op.cit.*, pp. 139-140.

antigo regime seria, pois, a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, submetidos ao controlo jurídico da lei”⁴²¹. A interpretação enquanto verdadeira interpretação é praticamente banida e no seu lugar desenvolve-se uma amorfa prática de reprodução de sentidos textuais que, independentemente de se apresentar sob as vestes objectivistas ou subjectivistas, sempre padece do que José de Sousa e Brito denomina preconceito historicista: sempre parte do princípio segundo o qual “o sentido de um pensamento expresso é uma grandeza fixa, um objecto determinado, que importa investigar objectivamente e que não precisa ainda de ser mediatizado pelo agente da compreensão a partir do seu actual horizonte”⁴²².

O que nos traz a um dos pontos mais cruciais e singulares da nossa investigação. Por esta altura já se terá tornado mais que evidente a dificuldade sentida em dissociar o tratamento dado à matéria da interpretação do tratamento dado à matéria das fontes de Direito. Aquilo que entendermos por uma das questões, a concepção que a seu respeito tivermos, condicionará inexoravelmente o nosso entendimento a propósito da outra questão. Se o legado jurídico da modernidade trouxe a supremacia da lei, a sua consideração como fundamental e exclusivo instrumento de criação de Direito, trouxe igualmente a devoção por uma prática interpretativa reprodutiva e mimética. Uma interpretação à qual compete preservar o equilíbrio de poderes representado pela separação entre os momentos de criação e de aplicação do Direito. Uma interpretação que deverá ter lugar privilegiado no momento da aplicação, limitando-se, de certa forma, a permitir essa aplicação pela determinação exacta dos sentidos contidos na expressão legislativa. Em certa medida, pois, a interpretação é tida como uma actividade que está claramente ao serviço daquela separação, que é, por sua vez, pressuposto fundamental de uma determinada concepção de fontes do direito. “Se se tem em conta que todo este método de interpretação está baseado no dogma de que qualquer solução para um caso jurídico tem que se encontrar, seja directamente na lei, seja na *vontade do legislador*, reconstruída a partir do germen latente da lei, e se se recorda que o dito dogma tem a sua origem histórica na enérgica aplicação da doutrina da separação dos poderes na época da Revolução, então esta doutrina das fontes, cujo núcleo é a vontade do legislador, evidencia-se como uma consequência da doutrina de Montesquieu”.

⁴²¹ Cfr. Gema MARCILLA CÓRDOBA, *op.cit.*, p. 128.

⁴²² Cfr. José de Sousa e BRITO, “Da teoria da interpretação de Savigny e da sua influência”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 62, 1986, p. 193.

Quem tal afirma é Alf Ross, o realista dinamarquês para quem as fontes de Direito constituem verdadeiramente o fundamento do sistema jurídico⁴²³.

7. Princípio da divisão de poderes de Montesquieu: interpretação jurídica e fontes do Direito

Antes ainda de analisarmos esta questão das fontes jurídicas, tão nuclear para nós, abramos apenas um breve parêntesis para tentar aferir da medida da responsabilidade do filósofo francês na referida doutrina da interpretação jurídica e respectiva concepção de fontes do Direito. A doutrina da separação dos poderes, enquanto modo de evitar o abuso de exercício dos mesmos pela sua hipotética centralização num dado órgão do Estado, parece ser, sem dúvida, uma das faces actualmente mais visíveis da obra do pensador. É praticamente automática a associação que estabelecemos entre esta ideia da divisão de poderes e não só o nome de Charles de Montesquieu, mas, mais precisamente, o capítulo VI do Livro XI da sua obra magna, *De L' Esprit des Lois*. Um capítulo que dá pela epígrafe de “De la Constitution d’ Angleterre”. Ou seja, é por referência à Constituição inglesa de 1653 que Montesquieu tece os seus comentários sobre a doutrina da separação dos poderes. E, com efeito, muitos são os autores que rejeitam a ideia de que Montesquieu seja o responsável pela doutrina em questão. Sem ir tão longe, no estudo que sobre esta faz Nuno Piçarra, sublinha o autor a insinuação que é deixada pela própria epígrafe, quanto às influências sofridas por Montesquieu na exposição daquela doutrina. Influências onde avulta o nome de autores ingleses que haviam já divulgado essas ideias em Inglaterra, sobretudo Locke e Bolingbroke, e onde figura indubitavelmente a própria realidade constitucional inglesa que, em certa medida, havia já dado concretização histórica às mesmas ideias. “É fácil demonstrar”, afirma Piçarra, “que os pontos de partida de Montesquieu para a exposição do tema coincidem com algumas das mais consagradas ideias do pensamento político inglês”⁴²⁴. Talvez aqui resida, precisamente, um dos motivos pelos quais tanta controvérsia tem surgido ao longo dos tempos em torno da ideia da divisão dos poderes. As origens históricas e doutrinárias são complexas, as suas concretizações histórico-

⁴²³ Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 97.

⁴²⁴ Cfr. Nuno PIÇARRA, *op.cit.*, p. 90.

políticas têm sido plurais e, necessariamente, as acepções em que se tem traduzido a própria doutrina são as mais variadas⁴²⁵. Por outro lado, a associação quase mecânica que é feita com aquele concreto texto da obra de Montesquieu, pode contribuir para grande parte dos equívocos e da ambiguidade que em torno do tema se têm gerado. Porque embora esse texto reúna algumas das ideias fundamentais do autor em relação à doutrina da separação de poderes, a verdade é que só uma leitura global da obra permite esclarecer os contornos da mesma. A mesma opinião tem Agapito Serrano, para quem a formulação daquele princípio de “sagesse politique” só por referência à própria concepção de Estado, e especialmente de liberdade, desenvolvida por Montesquieu ao longo da sua obra é compreensível. Serrano destaca, além disso, a necessidade de situar historicamente o conceito de separação de poderes, conceito que, quanto a si, se encontra de algum modo diluído no actual constitucionalismo, confundindo-se hoje com um difuso princípio cujo conteúdo se reduz a um critério genérico de uma limitação do poder do Estado⁴²⁶.

Subjacente à ideia da divisão dos poderes do Estado, das suas funções, e da atribuição dos mesmos a diferentes órgãos daquele, está sem dúvida uma peculiar concepção do Estado, que o vê como essencial garante da liberdade política dos indivíduos. Este, precisamente, o principal objecto da organização estadual para Montesquieu, à margem da qual, por seu turno, não faz nem tem qualquer sentido a ideia de liberdade⁴²⁷. Fundamental é para o autor de *L'Esprit des lois* operar contra toda a possível forma de concentração de poderes, de forças, que reduza - ou exclua - a referência do Estado à liberdade; fundamental é assegurar a existência de um governo de leis e não de um governo de homens. E aqui se revela talvez o verdadeiro motor

⁴²⁵ Cfr., entre outros, Bartolomé CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, em especial os capítulos II e IV.

⁴²⁶ Cfr. Rafael AGAPITO SERRANO, *Libertad y división de poderes: el “contenido esencial” del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 10, 115 e ss..

⁴²⁷ “A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão”. Cfr. MONTESQUIEU, *op.cit.*, I vol., livre XI, chap. VI, p. 169. A ideia de liberdade configura-se, para Montesquieu, como o constituinte específico e essencial da organização política, dirigindo-se tanto contra o despotismo como contra o extremo “igualitarismo”: o governo moderado opõe-se, na mesma medida, à concentração de poder e à ausência de poder. Cfr. Rafael AGAPITO SERRANO, *op.cit.*, p. 117.

desta concepção tripartida do poder em Montesquieu: a centralidade da lei. Assegurando um governo de leis, garante-se a liberdade dos indivíduos e a sua conseqüente segurança. A própria liberdade consiste, diz-nos o autor, na conformidade das acções dos particulares com a lei geral. Consiste no direito de se fazer aquilo que é permitido pelas leis, e que corresponde ao que se deve querer, e em não ser forçado a fazer aquilo que não se tem o direito de querer⁴²⁸. Por outras palavras, como observa Silvestri, o princípio da legalidade e a própria certeza do Direito são para Montesquieu os pressupostos essenciais da liberdade; uma liberdade que, pelo seu lado, não se reduz à pura e simples protecção de actividades meramente lícitas, antes postulando uma contínua correlação entre Direito e dever⁴²⁹. Mais do que mero garante dessa liberdade, o princípio da legalidade torna-se o próprio eixo em torno do qual se desenvolve toda a doutrina da divisão dos poderes. Esta surge para assegurar a efectiva observância prática da supremacia da lei⁴³⁰.

Uma questão desde sempre muito controversa é a que se prende com a determinação exacta do objecto da divisão de que temos vindo a falar. Há quem entenda que o que está em causa é uma verdadeira tripartição de poderes do Estado; entendem outros que a referida divisão tem por objecto as funções do Estado; outros pensam ainda que a separação diz respeito aos próprios órgãos institucionais. É curiosa uma observação de Silvestri, segundo a qual a separação de poderes nasce, no pensamento de Montesquieu, em torno não propriamente do poder legislativo, enquanto figura subjectiva, mas antes da função legislativa, entendida como actividade produtora de normas gerais⁴³¹. A curiosidade está em que, pouco depois de ter feito esta afirmação, o próprio Silvestri reconhece o pouco fruto que resultaria de um exame que pretendesse, a partir de uma precisa distinção terminológica, traçar a distinção entre poder e função. O que é, desde logo, manifesto no texto com que Montesquieu dá início ao famoso capítulo VI: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas

⁴²⁸ Cfr. MONTESQUIEU, *op.cit.*, I vol., livre XI, chap. III, p. 167. Isto justifica que Agapito Serrano veja na teoria da divisão de poderes de Montesquieu uma orientação racional que permanece profundamente actual: “a de enfrentar as circunstâncias históricas a partir do critério da liberdade”. Cfr. Rafael AGAPITO SERRANO, *op.cit.*, p. 119.

⁴²⁹ Cfr. Gaetano SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 284.

⁴³⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 286-288.

⁴³¹ Na sua origem estaria, pois, uma determinação funcional. Cfr. *ibidem*, pp. 287-289.

que dependem do direito civil”⁴³². Silvestri é o primeiro a admitir que, neste pequeno excerto, de carácter geral e introdutório, o termo “poder” é empregue com o sentido de função. No que se revela mais um pequeno contributo para toda a incerteza e ambiguidade que, ao longo dos tempos, têm rodeado o tratamento da questão.

Dissemos antes que fundamental era, para Montesquieu, garantir que o governo pertencesse às leis, gerais e abstractas, e não aos homens. Ora, por aqui passa também uma das suas preocupações relativamente ao conteúdo e exercício da função jurisdicional. Depois de reconhecer a existência, no seio de cada Estado, de um poder legislativo, de um poder executivo e de um poder para julgar, ou poder jurisdicional, Montesquieu nega a possibilidade de realização da liberdade se não houver a clara separação destes mesmos poderes. Começa por negar essa liberdade no caso de o poder legislativo se reunir com o poder executivo nas mãos da mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, pois tal situação potenciaria a criação e execução tirânica de leis pelo mesmo monarca ou pelo mesmo senado. Por outro lado, não existiria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do poder legislativo e do executivo. “Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”⁴³³. Ao mesmo tempo que propugna esta separação de poderes, Montesquieu entende que o exercício das funções de juiz deve ser atribuído a leigos, escolhidos de entre os elementos do povo nos termos para tal prescritos na lei, e com o intuito de formar tribunais que se dispersem no final de cada caso. “Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem os juízes continuamente sob os olhos; e teme-se a magistratura e não os magistrados”⁴³⁴. Mais uma vez se vê que o governo é das leis, e não dos homens. Estes limitam-se, neste caso, a ser a tal boca que pronuncia as palavras da lei, que lhe dá voz. Agapito Serrano censura o que entende ser uma deturpação do verdadeiro sentido da separação de poderes proposta por Montesquieu, que constituiria, de certo modo, um esquema contextual, intimamente dependente da existência de modelos políticos históricos. O

⁴³² Cfr. MONTESQUIEU, *op.cit.*, I vol., livre XI, chap. VI, p. 168.

⁴³³ Cfr. MONTESQUIEU, *op.cit.*, I vol., livre XI, chap. VI, p. 169. Sobre a questão, ver também Simone GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, préface de Jean Carbonnier, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1979, 2.^a ed., *maxime* pp. 322-334.

⁴³⁴ Cfr. MONTESQUIEU, *op.cit.*, livre XI, chap. VI, p. 170.

autor chega mesmo a afirmar que uma leitura atenta do texto do filósofo francês mostra claramente que a sua teoria não propugna uma “separação” das funções ou poderes de Estado, antes acusando a presença de uma colaboração e de um controlo recíprocos entre os órgãos superiores da Constituição⁴³⁵. Uma relação justificada pelo próprio facto de Montesquieu situar o desenvolvimento da sua teoria no contexto da Constituição inglesa de começos do séc. XVIII. Afigura-se-nos que, face às múltiplas referências do texto de *L’Esprit del lois* à necessidade de, com rigor, demarcar as três funções do Estado, pelos riscos e perigos implicados na eventual confusão ou promiscuidade no exercício das mesmas, a leitura de Agapito Serrano talvez ceda excessivamente a eventuais flutuações terminológicas. Ele reconhece, aliás, que o termo “separada” é expressamente empregue na descrição feita por Montesquieu da função judicial – embora a sua intenção, ao fazê-lo, seja a de sublinhar que nunca a expressão é empregue para caracterizar os dois restantes poderes⁴³⁶. Ao analisar o modo como a doutrina da tripartição de poderes de Montesquieu foi recebida pela Constituição originária dos

⁴³⁵ Martin Drath defendeu a inexistência de uma verdadeira distinção jurídica entre as funções da jurisdição, legislação e execução, que se possa entender como definitiva e fundada, pelo facto de esta distinção incorporar, forçosamente, uma descrição das funções sociais desempenhadas pelas mesmas num determinado contexto histórico. Esta distinção teria, para o autor, um significado político, pelo que não caberia a sua resolução a partir do mundo do direito. Cfr. M. DRATH, “Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht”, *apud* R. AGAPITO SERRANO, *op.cit.*, p. 118. Veja-se também Nuno PIÇARRA, *op.cit.*, pp. 247 e ss., sobre as diferentes acepções dos poderes e das funções estaduais.

⁴³⁶ Cfr. Rafael AGAPITO SERRANO, *op.cit.*, p. 117, nota 14. Tentando fazer valer o ponto de vista segundo o qual o sentido da teoria da divisão de poderes não se pode reduzir aos conteúdos que acolhe consoante a sua formulação histórica, nomeadamente os reduzidos e dogmáticos conteúdos que lhe são imputados quando associada ao pensamento de Montesquieu, Agapito rejeita por isso mesmo a ideia de que a mesma teoria esteja hoje ultrapassada. Uma teoria que, no entender de uma larga franja da doutrina, “não resiste hoje a uma apreciação crítica, tanto no que se refere ao conteúdo que se lhes atribuía tradicionalmente como à sua separação ou distinção. Pois hoje parece evidente que as funções-poderes do Estado são chamadas a uma colaboração e a um controlo recíproco que garanta de forma mais adequada o critério essencial de evitar a concentração de poder num só órgão por meio da divisão de poderes. E junto a isto, parece também evidente que a maior complexidade da sociedade actual obriga a postular uma ampliação dos órgãos do Estado e dos mecanismos que actualizam a divisão de poderes”. Por outro lado, o autor não deixa de realçar, à imagem de muitos críticos actuais, que a generalização da necessidade de uma função de controlo da constitucionalidade tem dificuldades em encontrar espaço na clássica compreensão da divisão de poderes. Mas entende, fundamentalmente, que há que reconstruir o sentido teórico inicial da teoria, recuperá-lo e saná-lo das erróneas interpretações a que foi sujeito o pensamento de Montesquieu, para o tornar novamente operacional.

Estados Unidos, Silvestri observa que, pela primeira vez na história, se realiza o princípio de que a cada função corresponde um poder. Isto porque o poder judicial, que Montesquieu havia considerado “de todos os modos nulo”, é reconhecido e tratado pelos constituintes americanos como um verdadeiro poder, capaz inclusive de controlar a constitucionalidade das normas emanadas pelo legislativo. O que eles retiram da doutrina do político e filósofo francês é a proposta de uma divisão de funções de acordo com um critério material e uma separação dos órgãos. Mas o facto é que, mesmo assumindo essa separação orgânica, não deixam de entender como necessária uma inter-relação entre as funções, que impeça qualquer um dos órgãos de assumir por inteiro uma das funções, o que poderia constituir risco de abusos graves no exercício das mesmas⁴³⁷. Daí a necessidade de dotar a função judicial de um poder que não se anule politicamente.

Também não é unívoco o sentido atribuído ao poder judicial por Montesquieu. Um poder nulo, entregue a um corpo não profissionalizado de autómatos que se deverão limitar a aplicar mecanicamente o fruto da função legislativa. Agapito faz notar os excessos em que a crítica caiu ao censurar este aspecto particular: a partir do momento em que a necessidade de profissionalização da magistratura se tornou por demais evidente, essa proposta, que havia sido, por alguns, erradamente, elevada à condição de princípio essencial da teoria de Montesquieu, tornou-se manifestamente inconsequente. E grande parte da própria configuração específica do poder judicial traçada por Montesquieu, acabou por merecer o mesmo juízo.

Mas será que Montesquieu via realmente nas funções judiciais o exercício de um poder nulo? A mera reprodução de prescrições elaboradas pelo legislativo? A verdade é que talvez o pensador temesse os possíveis abusos no exercício destas funções mais do que temia essa possibilidade nas restantes funções. A ênfase posta por si na separação do poder judicial em relação aos restantes poderes, chegando a recusar a sua condição de verdadeiro poder e identificando o juiz com um mero aplicador das leis, põe a descoberto a importância nuclear que reconhece à função judicial. Uma função cujo exercício se analisa na aplicação do Direito aos casos individuais, deste modo interferindo directa e imediatamente com o curso da vida de cada um. É este receio que permite “entender a verdadeira dimensão da sua intenção de neutralizar essa função como poder, que é a de evitar o risco de uma instrumentalização da justiça em favor de

⁴³⁷ Cfr. Rafael AGAPITO SERRANO, *op.cit.*, 136 ss..

qualquer orientação particular”⁴³⁸. Por outras palavras, a nulidade política do juiz é exigida pelo carácter de imparcialidade que se quer imputar à lei⁴³⁹. A lei é imparcial e objectiva; o juiz é humano e nunca completamente desapaixonado. A solução é anulá-lo politicamente.

O grande drama do Iluminismo jurídico é, talvez, o de que o juízo é acto de homens. E mulheres. Pode a doutrina de Montesquieu, ou alguns elementos da mesma, porventura descontextualizados, ter sido mal interpretada ao longo da história. O seu entendimento do juiz como “la bouche qui prononce les paroles de la loi” obedeceu a particulares intencionalidades histórico-políticas. Teve a sua razão de ser, não podendo de modo algum ser atribuído a “ingenuidade jurídica ou a ignorância quanto à necessidade de interpretar a lei”⁴⁴⁰. O problema, ou melhor, um dos problemas decorrentes da aceitação de todo este quadro jurídico-político, é que, como adverte Silvestri, a neutralidade política do poder judiciário e a sua rigorosa independência dos outros dois poderes pressupõem a prática da interpretação literal. Ou seja, o pensamento de Montesquieu pode a dada altura ter sido mal interpretado, nomeadamente no que à concepção do poder e das funções judiciais diz respeito. Mas muitas das limitações hoje apontadas a ideias fundamentais do autor, como a da divisão dos poderes, ou das funções da magistratura, revelam em última análise uma falta de compreensão da natureza e limites da própria actividade interpretativa. E este desconhecimento, ou esta incompreensão, traz consequências inequivocamente determinantes a nível da própria concepção de fontes do Direito. O que nos faz devidamente retomar esta questão.

⁴³⁸ O que se pretende é evitar que a administração da justiça participe no jogo de forças políticas: “ao poder judicial não corresponde o domínio sobre o futuro, que é competência dos outros dois poderes”. Cfr. *ibidem*, pp. 157-158, 164.

⁴³⁹ Cfr. Gaetano SILVESTRI, *op.cit.*, p. 307.

⁴⁴⁰ Cfr. Rafael AGAPITO SERRANO, *op.cit.*, p. 164.

Capítulo II - As fontes de Direito. Dimensão ontológica, jurídica e política de uma equação.

1. Perspectiva(s) histórica(as) e doutrinal(ais). O modelo tradicional de fontes de Direito

Desde sempre a questão da determinação das fontes de Direito se entendeu como perigosamente vinculada à própria questão do poder e da sua organização. Até pela dificuldade sempre presente em dissociar a questão em apreço, já não do entendimento que temos da actividade interpretativa, mas do próprio entendimento que tivermos do Direito e da ordem jurídica em si mesmos. Procurar, investigar ou analisar as fontes do Direito, pressupõe, naturalmente, uma determinada concepção dessa mesma realidade. Uma concepção que oriente as nossas buscas, que nos guie ao longo desse percurso. Nas palavras de Castán Tobeñas, da solução do problema das fontes depende toda a orientação e funcionamento da vida jurídica⁴⁴¹. Uma solução que se irá inevitavelmente repercutir nas esferas da metodologia jurídica, da interpretação e da aplicação do direito⁴⁴². E isto transforma o problema das fontes num problema verdadeiramente político, na medida em que nele se analisa um determinado âmbito de poder que forçosamente transcende o puramente jurídico. Aqui encontra justificação a afirmação de Marín Castán segundo a qual o estudo do sistema de fontes de Direito constituiria uma das formas mais claras de compreender o regime político de um país: precisamente porque neste sistema se projectam, por um lado, as relações existentes entre as forças sociais politicamente organizadas e, por outro, o equilíbrio instituído entre os vários órgãos com capacidade normativa⁴⁴³.

É necessário partirmos de uma dada ideia do Direito para lhe traçarmos as fontes. De igual modo, aquilo que entendermos por fontes de Direito não deixará de se

⁴⁴¹ Cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, “Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo”, *apud* Milagros OTERO PARGA, *Las fuentes del derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001, p. 10.

⁴⁴² Cfr. *ibidem*, p. 11.

⁴⁴³ Cfr. M. MARÍN CASTÁN, “La teoría de las fuentes en la cultura jurídica”, *in* Francisco PUY MUÑOZ, *et al.*, *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid, Colex, 1999, p. 358.

imprimir, com toda a certeza, no entendimento que professarmos relativamente à mesma realidade jurídica, enquanto fruto dessas fontes.

Esta relação de íntima dependência foi aliás bem esclarecida pelo mestre Crisafulli, no seu texto referencial sobre a questão das fontes de Direito. Um texto em que o constitucionalista afirma claramente a existência de uma correlação lógica necessária entre a ideia de fontes de Direito e a ideia de Direito, pois que “quem fala de fontes, com isso mesmo evoca sem dúvida a ideia de Direito ou de normas de Direito, bem como quem fala de Direito (em sentido objectivo) ou de ordenamento normativo, fala também, pelo menos normalmente, das suas fontes”⁴⁴⁴. Na esteira de Crisafulli, Marco Cossutta dá um passo em frente quanto ao esclarecimento – que não deixa de ser também um processo de complicação – sobre as potenciais implicações representadas por aquela dependência. Ao afirmar que uma indagação sobre as fontes do direito objectivo não se pode nunca subtrair a uma discussão sobre a natureza do Direito, mostra a natureza sempre comprometida de qualquer teoria das fontes jurídicas. Nunca uma indagação sobre as fontes do direito objectivo pode constituir uma indagação neutral, desapaixonada, divorciada de uma concreta representação do Direito⁴⁴⁵. É precisamente nesse sentido que também Paresce reconhece que uma teoria das fontes não é, nem pode nunca ser, uma construção abstracta, isolada do dinamismo histórico próprio da realidade jurídica. Até porque a questão das fontes é, no entender deste autor, a vertente do direito mais ligada às vicissitudes históricas. É isso que o faz afirmar a possibilidade de reconstruir toda a história do Direito através das concretas concepções assumidas ao longo dos tempos no seio da teoria das fontes, enquanto “história da luta entre as fontes de Direito”⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Cfr. Vezio CRISAFULLI, “Fonti di diritto (diritto costituzionale)”, in *Enciclopedia del diritto*, dir. Francesco Calasso, Milano, Giuffrè, 1958, p. 927.

⁴⁴⁵ E se a exegese dos “geómetras legais” (a expressão, empregue por Cossutta é, pelo mesmo, reconduzida a F. Gentile, *Intelligenza politica e ragioni di stato*, Milano, 1983) fez representar o direito como sinónimo da lei, essa exegese corporizou uma concepção em que indagar pelas fontes de direito era o mesmo que indagar pelas fontes da lei. O entendimento que é hoje mais ou menos generalizado atribui à expressão um alcance mais vasto, identificando as fontes com todas as formas de juridicidade provenientes da regularidade social, as quais, juntamente com as leis, constituem momentos institucionalizados de resolução das controvérsias. Cfr. Marco COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editori, 2005, pp. 7-8.

⁴⁴⁶ Cfr. E. PARESCHE, “Fonti del diritto (filosofia del diritto)”, in *Enciclopedia del diritto*, p. 895.

Neste momento, torna-se-nos difícil prosseguir sem alguns esclarecimentos mais concretos relativamente a tão polifónica realidade como aquela de que temos vindo a tratar. É certo que não nos compete num trabalho desta natureza elaborar um tratado sobre as fontes de Direito, sobre os seus múltiplos sentidos e possíveis elencos. Tantos foram aqueles que o fizeram já, e com tanta mestria, que mal acabaríamos por ficar se a tal nos aventurássemos. Ainda assim, não perdendo de vista que aquilo que nos ocupa – e preocupa – é a talvez excessiva identificação da realidade jurídica com o pragmático império da lei moderna -, não perdendo tal horizonte de vista, dizíamos, ainda assim nos sentimos na obrigação de proceder a uma breve incursão no tradicionalmente denominado problema das fontes do Direito.

De que estamos nós a tratar quando nos referimos a fontes jurídicas? A metáfora aquática das fontes do Direito parece remontar ao *De Legibus* de Cícero, e o seu emprego constante por parte de juristas mergulha-nos, sem dúvida alguma, num amplo e revolto mar de confusão. Em diferentes tempos e espaços, juristas dos mais diversos quadrantes práticos e ideológicos têm vindo a fazer uso da expressão com suficiente liberdade para diluir as certezas quanto aos limites daquilo que se possa genericamente entender por fontes de Direito. Quando Cícero empregou a expressão, sobretudo ao longo do Livro I do *De Legibus*, não tinha em mente os conteúdos com que hoje, mais ou menos mecanicamente, identificamos a mesma⁴⁴⁷. E a verdade é que hoje, cada um de nós, juristas e não juristas, vai identificando as fontes de Direito, mais ou menos mecanicamente, com realidades muito diferentes entre si. Muito diferentes entre si, mas sempre fundamentais para o Direito. Aliás, essa é para Prieto Sanchís a verdadeira raiz da confusão. Não propriamente o facto de se empregar a expressão para com ela designar coisas muito diferentes, mas sobretudo o facto de com ela se pretender referir fenómenos estreitamente vinculados com a vida do Direito; relativos, nomeadamente, à sua criação e transformação⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Sobre as origens da metáfora, v.g. Sebastião CRUZ, *Direito Romano, I. Introdução. Fontes*, Coimbra, 1973, 2.^a ed., pp. 162-163. Com a expressão “fonte de direito” identifica o insigne romanista tudo aquilo que está aberto ou se pode abrir para correr “linfa jurídica”, podendo esta ser recolhida com facilidade. Serão assim os lugares onde nos aparece o direito.

⁴⁴⁸ Cfr. Luís PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del Derecho*, pp. 151-153. Sanchís justifica ainda esta confusão com o elevado grau de imprecisão com que, quer a linguagem dos juristas quer a do próprio direito, utilizam a expressão. Apresenta, de seguida, alguns dos sentidos mais habituais com que a expressão vai sendo empregue, numa classificação que, materialmente, não difere demasiado daquela que Legaz y Lacambra nos legou, em 1953. Não exaustiva, e na formulação retomada por Aguiló Regla, esta

Esta natureza fundamental, elementar, da questão das fontes jurídicas, justifica a sua concepção tradicional enquanto uma das principais formas de apresentação do Direito, no seu todo ou em qualquer um dos seus ramos. Isto reflecte-se, desde logo, no ensino do Direito, onde, para além de nas várias disciplinas do primeiro ano do plano de estudos ser obrigatório o tratamento da matéria das fontes, cada nova disciplina, que ao longo do curso, vai sendo introduzida, passar também, quase forçosamente, por uma breve referência às respectivas fontes. Reflecte-se de modo algo paradoxal na própria face da nossa produção doutrinal sobre o assunto. Dizíamos antes que os tratados escritos sobre o tema, os trabalhos que o tomam como objecto, são muitos e de muito elevada qualidade. Não contrariando esta ideia, Limongi França, escrevendo em 1991, designava de paupérrimo o plano jusliterário nacional no que às fontes jurídicas dizia respeito. Isto apesar de ser um tema versado pela generalidade dos nossos tratadistas, quase um “lugar-comum nas obras de teoria geral do Direito Civil, como de introdução à ciência do Direito”⁴⁴⁹. Para o tratadista brasileiro, os autores consideram a questão, de um modo geral, como questão elementar do Direito. Talvez o problema esteja precisamente na caracterização desta elementaridade. Entende Aguiló Regla que, por trás desta elementaridade, duas são as atitudes cépticas que se escondem. Para alguns

última classificação distingue entre: “a) fonte do conhecimento do que é ou foi o direito (repertórios de legislação, recompilações de leis, documentos antigos, etc.); b) força criadora do direito como facto da vida social (a natureza humana, o sentimento jurídico, o conflito social e o interesse de classe, etc.); c) autoridade criadora do direito (o Estado, o povo – seja em versões democráticas seja em versões comunitárias); d) acto concreto criador do direito (legislação, costume, etc.); e) fundamento da validade jurídica de uma norma concreta de direito (a norma superior que autoriza a criação da norma inferior); f) forma de manifestação da norma jurídica (lei, decreto, ordem ministerial, etc.); g) fundamento de validade de um direito subjectivo”. Este último sentido fica fora da classificação enunciada por Prieto Sanchís, que por seu lado, além de referir um sentido de fonte enquanto grupo social de onde procede o direito, atribui ao sentido de fonte aqui enunciado sob a alínea b) um alcance mais vasto. Em vez de força criadora do direito como facto da vida social, fala em fonte como origem ou causa última do direito, que seria, por exemplo, Deus para o jusnaturalismo teológico, ou uma ordem imutável e racionalmente acessível para o jusnaturalista racionalista, ou o misterioso espírito do povo para um historicista. Cfr. Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, 5.ª ed., p. 509 (1.ª ed. 1953), *apud* Josep AGUILÓ REGLA, *op.cit.*, p. 22.

⁴⁴⁹ Cfr. R. Limongi FRANÇA, “Das formas de expressão do direito”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, III, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º especial, 1991, p. 60.

autores, a questão das fontes é uma questão básica do Direito. Obriga a uma referência, mas não justifica mais do que essa, pela própria desnecessidade de insistir no *abc* do Direito. Para outros, ela é também elementar, mas num sentido mais profundo. Ela é fundamental, e não vale a pena insistir nela, porque corremos o risco de nos atolarmos nas jurídico-filosóficas aporias do conceito de Direito. Da conjugação destes dois cepticismos, nasce o tipo de tratamento doutrinal, nomeadamente a nível nacional, dado à matéria em questão: por ser tão fundamental, a pergunta sobre o que são as fontes do Direito só pode ser tratada – sorteada, nas palavras de Aguiló Regla -, pelo recurso a um catálogo erudito de definições, de preferência provindas dos mais consagrados autores; por ser tão elementar, facilmente se ultrapassa com a transformação/substituição – e trivialização, no entender do mesmo autor – da questão sobre o que são as fontes do direito, pela simples enumeração das mesmas⁴⁵⁰. E dessa trivialização temos vindo a padecer praticamente desde que se firmou a chamada teoria tradicional das fontes de Direito. Teoria esta que se desenvolveu à sombra do legalismo estadualista a que temos tido oportunidade de nos vir a referir.

Não deixa de ser curioso que, mais uma vez, o nome de Savigny se imponha num contexto ideológico que não pareça ser o seu. Os estudos relativos às chamadas fontes do Direito ter-se-ão iniciado verdadeiramente com a Escola Histórica do Direito⁴⁵¹, sendo que a formulação traçada pelo mestre germânico a esse propósito parece ter ido perfeitamente ao encontro dos desígnios das doutrinas juspositivistas dominantes do século XIX. Até aos nossos dias, o modo como a doutrina das fontes de Direito vai sendo exposta um pouco por todos os jurisconsultos reflecte as concepções consagradas por Savigny no seu monumental *System des heutigen Römischen Rechts*. O próprio Gény se vai manter fiel àquele modelo de identificação das fontes e da sua

⁴⁵⁰ Cfr. Josep AGUILÓ REGLA, *op.cit.*, pp. 13-14.

⁴⁵¹ Antes da Escola Histórica e, especialmente, antes de Savigny, desde os romanos, o estudo das fontes tinha-se limitado à sua descrição externa, sem qualquer preocupação de perquirir origens e razão de ser. Cfr. Rubens Limongi FRANÇA, *op. cit.*, p. 61 e ss.. Também Julio Cueto Rua, no texto preliminar com que abre a sua obra dedicada às fontes do Direito, se refere ao trabalho pioneiro e durante muito tempo único de Savigny no domínio em questão: “a questão foi tematicamente desenvolvida por Savigny há já mais de cento e cinquenta anos, e desde então até à publicação das inovadoras reflexões de Carlos Cossio, pouco foi o que se avançou na matéria”. Cossio, de quem Cueto Rua se mostrou discípulo, é o autor da peculiar doutrina egológica do Direito e escreveu as suas obras mais relevantes em meados do século XX. Cfr. Julio CUETO RUA, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 10.

classificação⁴⁵², não obstante o carácter inovador de outras partes da sua obra. Um modelo que acaba por corresponder, *grosso modo*, a um certo sentido comum dos juristas, e que constitui – juntamente com a concepção hermenêutica à qual se encontra intimamente vinculado – um dos pilares estruturais da moderna concepção do Direito. Um modelo que a civilística oitocentista consagrou e de que somos indubitavelmente herdeiros. O fenómeno da ascensão da lei moderna, a que nos referimos já mais detalhadamente, teve como marco fundamental – já o sabemos - o *Code Napoléon*. A Escola da Exegese foi uma escola de civilistas. A centralidade da lei civil desempenhou um papel extraordinário na afirmação da concepção moderna de lei. Centralidade da lei civil, e, sobretudo, centralidade da lei civil codificada. É como se todos estes elementos representassem peças de um quadro que ainda hoje perdura. São históricas, pois, as raízes da localização das matérias de que nos vimos ocupando nas codificações civis. E histórica é também - ideia que nos parece fundamental reter – a necessidade de consagração de normas codificadas sobre fontes do Direito e interpretação jurídica. Esta é uma necessidade culturalmente positivista. E esta cultura, e os modelos em que se verteu, se não se encontra já superada, está teoricamente em franca superação. Isso mesmo é o que nos propomos mostrar. Ross põe o dedo precisamente na ferida quando observa que não faz sentido enunciar com total clareza o problema das fontes do direito positivo enquanto não se tiver posto como problema o próprio direito positivo⁴⁵³. Voltaremos à questão de saber com o que é que se identifica a positividade do Direito, mas desde já partimos do princípio que esta é também uma noção actualmente em revisão⁴⁵⁴.

Diz-nos o mestre Sebastião Cruz que, desde sempre, o vocábulo fonte se utilizou em relação a água. Etimologicamente, fonte seria aquilo que está aberto (ou que se pode abrir) para sair água, ou que já contém água, podendo esta recolher-se com facilidade. Fonte de Direito seria assim tudo aquilo que está aberto ou que se pode abrir para correr

⁴⁵² Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, I vol., pp. 237 e ss.. Considerando a obra de Gény como a maior “que se escreveu até hoje sobre a matéria”, Limongi França reconhece o mérito e originalidade do autor francês quanto à sua metodologia de interpretação das fontes, bem como quanto à construção científica do direito. Já no que toca à questão das fontes e da sua classificação, “Gény fica no terreno tradicional, distinguindo fontes substanciais de fontes formais e, em meio a estas, a lei, o costume, a tradição e a autoridade, compreendidas aí a doutrina e a jurisprudência”. Cfr. R. Limongi FRANÇA, *op.cit.*, pp. 64-65.

⁴⁵³ Cfr. Alf ROSS, *op. cit.*, pp. 357 e ss..

⁴⁵⁴ Cfr. *infra*, pp. 317-318.

“linfa jurídica”, que possa ser facilmente recolhida; identificar-se-iam com a expressão os lugares onde ou de onde surgiria o Direito. Em sentido amplo, quando aplicada ao âmbito jurídico, a expressão fontes de Direito tem sido empregue para significar as mais variadas realidades, podendo referir-se tanto à identificação das causas fundantes e originárias do Direito, da sua produção ou criação, como aos modos pelos quais essa realidade se produz ou manifesta, aos lugares onde se revela, aos elementos a que devemos recorrer para a conhecer⁴⁵⁵. O que pretende saber o jurista quando se interroga sobre as fontes de Direito? Invariavelmente, qual o direito válido, legítimo, aplicável a uma determinada situação, a um determinado caso ou conjunto de casos, num dado contexto espaço-temporal. E assim sendo, até que ponto será legítimo o uso da expressão fontes de Direito?

Temos que admitir que fundamental se torna saber, desde logo, o que é o Direito para podermos saber o onde e de onde pode surgir. Fontes do Direito, sim, mas de que Direito? As respostas aparecem-nos, de certo modo, simplificadas no modelo juspositivista, assumam-se este como predominantemente legalista ou normativista. O problema está precisamente no facto de o início dos estudos científicos sobre a questão das fontes de Direito ter coincidido historicamente com o desenvolvimento da Modernidade jurídica e dos seus paradigmas. Paradigmas que muito objectivamente se prendem com a meteórica ascensão da lei enquanto fonte do Direito, e com a correspondente metodologia interpretativa. Paradigmas que indubitavelmente se imprimiram na face dos estudos sobre as fontes que então despontavam, e de que somos herdeiros. Essa, desde logo, a origem de alguma confusão. A essa controvérsia parece referir-se Aguiló Regla quando aponta como primeira fonte de desordem conceptual, no seio da teoria das fontes de Direito, o facto de essa expressão se utilizar com dois sentidos muito diferentes: se há quem com ela se refira às fontes do Direito em geral, da ordem jurídica no seu todo, há precisamente quem com ela atenda às fontes das normas jurídicas, gerais e abstractas. O que acaba por identificar dois problemas muito distintos: temos por um lado o problema das origens da ordem jurídica, vinculado ao conceito de Direito, e por outro o problema da origem das normas jurídicas, vinculado já à produção normativa⁴⁵⁶. Em duas palavras, as fontes do Direito podem pretender identificar as causas fundantes do Direito enquanto ordem jurídica, ou antes as causas

⁴⁵⁵ Cfr. Milagros OTERO PARGA, *op.cit.*, p. 12.

⁴⁵⁶ Cfr. José AGUILÓ REGRA, *op. cit.*, pp 23 e ss..

fundantes de alguma manifestação jurídica, que é tomada pelo todo. Ou ainda, verdade seja dita, nenhuma das duas.

E dizemos isto porque, concordando inteiramente com Prieto Sanchís quando nos diz que há poucas noções que sejam tão confusas⁴⁵⁷, constatamos serem poucas as vezes que os juristas procuram nas fontes de Direito qualquer coisa semelhante a causas fundantes⁴⁵⁸. Aconselha-nos o autor espanhol a começar com uma aproximação negativa, que afaste aquilo que as fontes de Direito não são. Assim, e apesar do que a expressão possa sugerir, a expressão fontes de Direito não se refere a qualquer fenómeno natural: ao contrário da água, o Direito não brota espontaneamente de uma “misteriosa fonte supra-empírica”. O Direito é uma construção, um artifício, nas palavras de Prieto Sanchís. É um produto que tem a sua origem, em última análise, na vontade dos homens, que são assim a sua única fonte⁴⁵⁹. Pelo menos numa acepção filosófica.

⁴⁵⁷ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, p. 151.

⁴⁵⁸ Também Milagros Otero Parga se refere extensamente à equivocidade do termo, e do seu concreto emprego no seio dos estudos jurídicos. “O termo fontes apresenta uma muito ampla gama de possibilidades de intelecção das quais nem todas são jurídicas. Num sentido amplo, entendemos por fonte a causa fundante, princípio ou origem de algo, bem como o lugar onde se produz ou a que se recorre para o conhecer. (...) Para os historiadores, fontes são os documentos, testemunhos ou monumentos que servem de base ao seu trabalho, enquanto para os sociólogos as fontes se situam sempre nos grupos sociais que produzem um determinado fenómeno (...)”. Se estes elementos apontam para a equivocidade do termo, apontam também no sentido da conveniência de um estudo pormenorizado do mesmo. Aquilo que também Aguiló Regla se propõe fazer, com o objectivo de levar os seus leitores a concluir que, “em comparação com qualquer outro problema jurídico-teórico, as fontes de direito apresentam bastantes menos peculiaridades daquilo que à primeira vista poderia parecer”. Cfr. Milagros OTERO PARGA, *op.cit.*, 12 e ss.; José AGUILÓ REGLA, *op.cit.*, p. 23.

⁴⁵⁹ Também Del Vecchio afirmava que a fonte primária, essencial e inesgotável do Direito era a própria natureza humana, fonte das fontes do direito. “É o espírito humano quem, ao adquirir consciência de si mesmo, reconhece a personalidade dos demais e manifesta a sua vocação imanente e indefectível para o direito”. Cfr. Giorgio Del VECCHIO, *Il problema delle fonti del diritto*, Roma, 1934, *apud* Ricardo GUIBOURG, “Fuentes del derecho”, in Ernesto GARZÓN VALDÉS, Francisco LAPORTA, eds., *El derecho y la justicia*, p. 178; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia, 1993, pp. 73-74. Remetendo-se à tradicional doutrina aristotélica da causa com o propósito de a adaptar como modelo taxonómico para ordenar as fontes jurídicas, Pérez Luño refere-se às causas material, formal, eficiente e final do direito. O sentido por Del Vecchio imputado à expressão das fontes de direito tem lugar a propósito da causa eficiente.

Dissemos antes que o quadro tradicional das fontes de Direito terá sido forjado pela Modernidade jurídica. Partindo da realidade clássica, à época ainda muito actual, da tradição romanística, Savigny entendeu por fontes jurídicas as bases do Direito em geral e, por conseguinte, “as próprias instituições e as regras particulares que dela separamos por abstracção”⁴⁶⁰. Importância suprema era a que o autor germânico reconhecia ao espírito do Povo, sujeito activo de todo o Direito, e à sua capacidade normativa. Uma capacidade que se vertia positivamente, em primeiro lugar, no chamado direito do povo ou costume, de modo natural e quase invisível; depois, e face a alguma insuficiência daquela revelação positiva para garantir obediência, na legislação. “Ainda que o direito positivo tenha alcançado o mais elevado grau de evidência e certeza, pode haver quem a ele se subtraia, por ignorância e por má vontade. Pode ser necessário dar-lhe um sinal exterior que o coloque por cima de todas as opiniões individuais e facilite a repressão da injustiça. O direito positivo, traduzido pela língua com caracteres visíveis e revestido de uma autoridade absoluta, chama-se lei, sendo a sua confecção um dos mais nobres atributos do poder supremo do Estado”⁴⁶¹. Tão relevante e tão visível era a autoridade de que se revestia a legislação, que Savigny não deixa de reconhecer o risco de que a mesma se possa substituir às restantes fontes, assim relegadas para secundário complemento, alertando para a necessidade de rectificar um tal erro: o direito geral terá sempre uma origem popular, e embora a legislação venha a assumir lugar de destaque no seio deste direito positivo, “o direito não existe no seu estado normal senão aí onde reina um concurso harmonioso entre estas diversas forças criadoras, aí onde nenhuma se isola das outras”⁴⁶².

O panorama das fontes de Direito não se completa, em Savigny, senão com a imperativa referência ao direito científico. daquelas diversas forças criadoras faz parte integrante, ao lado do direito do povo, o direito dos juristas, fruto da sua actividade científica. Uma categoria fundamental, em que o problema das fontes claramente se entrelaça com o da interpretação⁴⁶³, e em que, a nosso ver, o autor integra, enquanto

⁴⁶⁰ Cfr. Friedrich Karl von SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, p. 28.

⁴⁶¹ Cfr. *ibidem*, p. 43.

⁴⁶² Cfr. *ibidem*, p. 50.

⁴⁶³ Numa construção que pode hoje estar mais ou menos esquecida, mas que se revela de uma extrema actualidade. E isto ainda que, como ajuíza Sousa e Brito, o próprio Savigny não tenha explorado essa correspondência até ao fim. “Que as fontes de direito e a teoria da interpretação se determinam mutuamente, pode estar hoje esquecido, em parte ou de todo. Corresponde, porém, à natureza das coisas,

teoria da ciência, o domínio a que habitualmente chamamos doutrina, e a título de prática dessa ciência, o complexo espaço dedicado à jurisprudência⁴⁶⁴. Não só, mas sobretudo o espaço dedicado à jurisprudência⁴⁶⁵, já que sob o nome de prática do direito científico pretende o autor referir-se ao estudo das relações do direito com a realidade e de tudo aquilo que respeite à sua aplicação imediata e às necessidades do tempo⁴⁶⁶.

2. Fontes formais e fontes materiais

O trabalho de Savigny parece estar na origem da tradicional classificação das fontes de Direito em materiais e formais que, mais do que esclarecer ou sistematizar a questão, vem adensar a confusão que já se fazia sentir. Com a expressão fontes materiais pretende-se referir aqueles elementos, de mais variada natureza -sociológica, cultural, económica ou política -, que informam o conteúdo das diversas manifestações do Direito. Trata-se do conjunto de motivos, razões, valores ou circunstâncias que determinam o conteúdo das normas jurídicas. Destas fontes materiais, substanciais, a que se atribui igualmente a designação de fontes em sentido sociológico, se distinguem as chamadas fontes formais, ou jurídicas, que se podem definir como sendo os processos através dos quais o Direito se manifesta, se revela, de modo válido e legítimo, independentemente do seu conteúdo. O Direito ou, melhor dizendo, as normas jurídicas. As fontes formais confundem-se com aquilo que dota de juridicidade determinados conteúdos normativos. Identificam-se com os factos, procedimentos ou circunstâncias

e assim o entendia também Savigny. (...) a referida correspondência entre fontes de direito e interpretação, ou entre fontes e ciência do direito, não foi pensada por Savigny como total – eu diria que não foi pensada até ao fim”. Cfr. José de Sousa e BRITO, *op.cit.*, p. 184.

⁴⁶⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 47 e ss.. Dizemos a nosso ver, porque é comum identificar-se este direito elaborado pelos juriconsultos com a moderna concepção de doutrina. Parece-nos, no entanto, ser uma noção bastante mais abrangente e muito mais fértil no que à teoria das fontes diz respeito. Por isso mesmo, também, uma noção muito mais problemática....

⁴⁶⁵ “Chama-se jurisprudência, umas vezes ao verdadeiro direito consuetudinário, fundado numa larga série de monumentos judiciais, outras às decisões uniformes de um tribunal, às quais se atribui força obrigatória para o futuro. Seria mais conveniente não empregar nunca as palavras *jurisprudência* e *prática* a não ser no primeiro sentido, isto é, para designar o verdadeiro direito consuetudinário consignado nas decisões judiciais”. Cfr. *ibidem*, p. 78.

que outorgam a certas condutas a condição de ser obrigatórias, proibidas ou facultativas num sistema jurídico determinado⁴⁶⁷. De modo mais ou menos polémico, estas fontes formais têm sido identificadas com a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. Ou seja, respectivamente, com o direito expresso e promulgado por uma autoridade identificável, com as normas que podem ser induzidas da observação das práticas sociais e consciência com que sejam obedecidas, com as decisões judiciais consideradas como modelos da conduta que a sociedade exige dos seus membros, ou com as opiniões dos chamados especialistas⁴⁶⁸. Estas as formas em que tradicionalmente o Direito admite verter-se. E que, no entender de muitos autores, consubstanciam o conteúdo da própria noção de fontes de Direito, na medida da falta de especificidade das fontes materiais, que dão usualmente por diferentes nomes, como sejam os de ética, justiça, equidade, segurança, necessidade ou interesse⁴⁶⁹. Quando hoje se fala em fontes de Direito, não obstante as múltiplas classificações que ao longo dos tempos e dos espaços têm sido ensaiadas⁴⁷⁰, é comum estarmo-nos a referir às fontes formais. Àquelas que compõem o tradicional catálogo composto por lei, costume, jurisprudência e doutrina⁴⁷¹. E a que vários autores acrescentam, por vezes, os princípios, a equidade, as normas de natureza internacional ou comunitária.

⁴⁶⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 48-49.

⁴⁶⁷ Cfr. Ricardo GUIBOURG, *op.cit.*, p. 179. Guibourg sublinha também a dificuldade que há na enumeração e classificação das fontes materiais: “se não existe consenso acerca da identificação e delimitação do direito nem da relevância dos actos, factos ou circunstâncias aos quais se atribui a sua autoria, os motivos que dêem lugar à criação de normas são ainda mais discutíveis. (...) Assim, muitas enumerações se formularam, sem maiores explicações e com diferentes graus de abstracção que as tornam incomparáveis. Optaremos, pois, por tentar aqui uma exposição genérica com interesse mais reconstrutivo do que narrativo ou crítico”. Cfr. Ricardo GUIBOURG, *op.cit.*, p. 190. Cfr., também, sobre a distinção em causa, José AGUILÓ REGLA, *op. cit.*, pp. 39-40; Riccardo GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. esp. Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 81 e ss..

⁴⁶⁸ Cfr. Ricardo GUIBOURG, *op.cit.*, p. 194.

⁴⁶⁹ Cfr. *ibidem*, p. 179.

⁴⁷⁰ Desde logo, também aquela, muito tradicional, que distingue entre fontes de produção e fontes de conhecimento do Direito. Cfr. v.g., Riccardo GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1 e ss..

⁴⁷¹ Sendo que esta última é por muitos excluída da classificação. Fernando Bronze refere a existência de três modelos-padrão de experiência constitutiva de normatividade jurídica vigente: a consuetudinária, a legislativa e a jurisdicional. Cfr. Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 631 e ss..

A verdade é, no entanto, que se a noção de fonte de Direito é equívoca, não menos o é a especificação que nos traz as fontes formais de Direito. E se reflectirmos um pouco sobre aquilo que separa as fontes substanciais das formais, veremos que esta divisão clássica é, como já adiantámos, criadora de graves dificuldades teóricas.

Ao falarmos em fontes do Direito, estamos a falar em fontes em geral, no sentido em que se impõem, ou aproveitam, a qualquer dos chamados operadores da justiça. A tendência é para nos situarmos na perspectiva do magistrado, eventualmente na do advogado, que procuram ambos fontes de resolução para os problemas com que se deparam. Mas a verdade é que também o legislador ou o funcionário administrativo vão enfrentar situações que requerem o conhecimento e a determinação dessas fontes. E historicamente, lembra Cueto Rua, quando precisaram de respostas para as suas dúvidas, todos eles foram acudindo às leis, aos costumes, à jurisprudência ou à doutrina⁴⁷². Não propriamente com a ideia de buscar nessas fontes a causa fundante do Direito, a sua origem. O seu interesse na procura e na análise das fontes de Direito prendeu-se eminentemente, e assim continua a acontecer, com a necessidade de encontrar respostas concretas para concretos problemas. A necessidade é a de saber qual o direito vigente aplicável a cada situação. Ou seja, no fundo, alguma razão terá Limongi França quando propõe a substituição da expressão fontes de Direito pela de formas de Direito positivo, designando esta os modos de expressão ou revelação do Direito. É que, se com o termo fonte se pretende evocar o fulcro gerador, criador, de alguma coisa, então o seu emprego neste domínio do direito é impróprio, já que o objecto que se tem em mente são antes os modos, as formas válidas de expressão do Direito, e não as suas fontes de produção⁴⁷³. Verdadeiramente, “a lei, o costume, etc., não geram, não criam, não produzem Direito. O que gera o Direito são as necessidades sociais e a vontade humana. É esta que, tomando conhecimento das imposições inadiáveis da realidade sócio-jurídica, se serve da organização política da nação, o Estado, para criar as leis (...). A lei, o costume, etc., são os modos, as formas, os meios técnicos de que lança mão a vontade humana para, através do Estado e da Consciência Popular, dar a conhecer, objectivar o direito suscitado pelas imposições naturais da vida em sociedade”⁴⁷⁴.

⁴⁷² Cfr. Julio CUETO RUA, *op.cit.*, p. 16.

⁴⁷³ Cfr. R. Limongi FRANÇA, *op.cit.*, pp. 67 e ss..

⁴⁷⁴ Cfr. *ibidem*, p. 68.

Evocando a tradicional distinção entre fontes formais e materiais de direito, Ross lembra que Austin proclamara já a impropriedade da expressão fontes materiais para designar as fontes do conteúdo jurídico, tais como a religião, os costumes, as ideias morais. Aquelas que, no fundo, representam as causas por trás da existência de um determinado direito com um certo conteúdo. E que, em última análise, também não são propriamente fontes de Direito, não constituem fundamento de conhecimento de que algo possua validade jurídica⁴⁷⁵.

Ao referir os problemas teóricos decorrentes da clássica distinção, Cueto Rua começa por notar que o entendimento dominante levou a considerar como fontes formais apenas as normas jurídicas gerais mediante as quais se estabelecessem obrigações, emanadas de uma autoridade reconhecidamente competente. O que, tradicionalmente, empurrou para o domínio das fontes materiais a jurisprudência (sempre que o ordenamento jurídico vigente na respectiva comunidade não lhe atribuísse o carácter de obrigatória) e a doutrina. Com fontes materiais identificava o autor todos aqueles factores reais passíveis de influenciar o ânimo dos juízes, dos legisladores, dos funcionários administrativos, “inclinando a sua vontade num sentido determinado no acto de criar uma norma jurídica”. Mas esta é uma classificação que, como muito bem pressente Cueto Rua, forçosamente se vai infiltrar em toda a teoria das fontes. Se entendermos como fontes materiais todos aqueles elementos, reais, com capacidade para se insinuar junto dos órgãos comunitários, determinando as suas vontades, então a designação não cabe apenas à doutrina ou à jurisprudência, antes tendo que se estender aos estímulos ambientais e aos factores de predisposição subjectiva que, de facto, fazem sentir a sua influência no espírito do órgão. “Seriam fontes materiais, neste sentido, os preconceitos, as tendências, a conformação mental, as crenças, a concepção filosófica, os complexos, as motivações ocultas e as reacções impulsivas, próprias da pessoa que tem que resolver o conflito. Do mesmo modo o seriam a constelação de práticas, usos e tradições sociais, os interesses grupais em colisão e a posição adoptada a esse respeito, consciente ou inconscientemente, pelos diversos órgãos comunitários, as pretensões invocadas pelas partes litigantes, e a

⁴⁷⁵ Um conceito de validade que remonta a Kelsen, de quem Ross é discípulo. E esta observação aplica-se de pleno direito a algumas das fontes desprovidas de autoridade nomeadas por Gény, nomeadamente o costume e a doutrina: “como circunstâncias de facto, podem ter influência sobre a decisão do juiz e, segundo a opinião do autor, têm que a ter. Mas não estamos a falar de fontes de Direito, no sentido de fundamento para o conhecimento jurídico”. Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 111.

posição social e política de todos os afectados pelo litígio, incluído aquele que o terá que decidir”⁴⁷⁶. A partir desta caracterização das fontes materiais e das fontes formais de Direito, conclui o autor pela natureza formal e simultaneamente material de cada uma das fontes que tradicionalmente compõem o elenco das chamadas fontes formais⁴⁷⁷. A lei e o costume apresentam-se assim como fontes formais-materiais, na medida em que, para além de fornecerem um suporte lógico às decisões e escolhas dos operadores do Direito, elas constituem, sobretudo, um critério material válido para apreender o sentido de cada caso, e para o resolver de modo aceitável, satisfatório, aos olhos da comunidade. Por seu turno, quer a jurisprudência quer a doutrina têm como incumbência fundamental a de densificar o sentido das normas jurídicas gerais, concretizando pontual e progressivamente a sua imanente abstracção. A índole particularmente ambígua da jurisprudência, enquanto fonte de Direito, leva Cueto Rua a louvar a importância da integração que esta opera entre normas gerais e normas jurídicas individuais. E a concluir, no que toca a esta fonte, pela impossibilidade de separar, “na vida dos negócios e das transacções, dos tribunais e das oficinas administrativas, o significado abstracto e habitualmente enigmático da norma jurídica geral, do conteúdo concreto que vai recebendo na experiência através das decisões dos órgãos chamados a aplicá-la. A lei adquire o mais elevado grau de potência para a sua voz quando fala através da sentença (...) Nas sentenças, as restantes fontes ganham existência concreta”⁴⁷⁸. E esta é uma ideia fundamental a reter ao longo deste trabalho. Ao orientar as reflexões sobre a questão das fontes e da hermenêutica jurídica, revela-se eminente para a compreensão da própria natureza do Direito.

3. A dimensão hermenêutica do edifício das fontes de Direito em Gény

Embora se possa imputar a Gény uma grande parte do tratamento tradicionalmente dado à questão das fontes de Direito, o modo como o próprio se refere àquele elenco é tudo menos claro. É como se o impelisse a necessidade de admitir certas

⁴⁷⁶ Cfr. Julio CUETO RUA, *op.cit.*, p. 26.

⁴⁷⁷ Sendo que, como já constatámos, Cueto Rua afirma a natureza tradicionalmente material da doutrina e da jurisprudência.

⁴⁷⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 29-30.

realidades que se vê, no entanto, obrigado a recusar por força do quadro jurídico-político-institucional em que se move. O móbil psicológico da obra de Gény reside na crítica do método lógico-formal de interpretação dominante, que se funda na lei como única fonte de Direito. Movido pelo fundamental interesse em demonstrar a insuficiência do tratamento exegético da lei positiva para alcançar os desideratos da vida jurídica, um dos objectivos da sua própria teoria passa, pois, por encontrar outras fontes, supletivas, para além da lei⁴⁷⁹. Talvez um dos limites da obra de Gény tenha sido precisamente o de pensar nas fontes extra-legais como supletivas... E extra-legais acabam assim por ser o costume, a jurisprudência⁴⁸⁰, a doutrina, e o direito que resulta daquela a que chama “livre investigação científica”. Embora sendo extra-legais, considera o jurista francês as primeiras quatro como fontes formais, o que não deixa de suscitar alguma controvérsia. Por fontes formais entende Gény as “injunções das autoridades, exteriores ao intérprete, e que tenham qualidade para comandar o seu juízo, sempre que estas injunções, competentemente formadas, tenham por objecto próprio e imediato a revelação de uma regra que sirva para a direcção da vida jurídica”⁴⁸¹. Às fontes assim caracterizadas opõe Gény aquelas que carecem daquela qualidade, sendo que a distinção se prende com a própria natureza do Direito: se se considera ou não o Direito resultante dessa fonte como emanado de uma instância dotada de autoridade, é a questão. Isto mesmo justifica que Ross prefira falar em “fontes dotadas de autoridade” para se referir às fontes formais de Gény. Simplesmente essa designação, talvez mais consentânea com as intenções de Gény, resulta de difícil compaginação com realidades como as do costume, e mesmo da doutrina e da jurisprudência⁴⁸², que Gény não se coíbe

⁴⁷⁹ Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 105.

⁴⁸⁰ Jurisprudência à qual, em dado passo da sua obra, recusa a qualificação de fonte com fundamento no princípio da separação de poderes. Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol. II, p. 35.

⁴⁸¹ Cfr. *idem*, vol.I, *op.cit.*, p. 237.

⁴⁸² “Parece evidente que a lei, emanada da autoridade competente, pertence às fontes dotadas de autoridade. Mas é incompreensível que entre elas se possa incluir o costume. Segundo a concepção de Gény, o direito consuetudinário emana do círculo indeterminado daqueles que operam com o direito, dos interessados, dos sujeitos ao direito. É incompreensível que se possa ver aqui uma «autoridade com qualidade para comandar», especialmente quando noutra parte se rejeitou que a opinião doutrinária fosse fonte de direito dotada de autoridade, com o argumento de que os teóricos não possuem «carácter de publicidade e, por assim dizer, de autenticidade». Com maior razão haverá então que negar semelhante carácter ao conjunto daqueles que operam com o direito”. Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 110.

de catalogar como fontes formais⁴⁸³. Mas se não se coíbe de o fazer, a verdade é que também não o faz com demasiado à-vontade. “Ao lado da lei escrita e do costume jurídico, representando duas fontes, actualmente vivas (...) é necessário, penso, indicar ainda, pelo menos hipoteticamente e sob a reserva de uma investigação mais séria, a Tradição ou as Autoridades, exprimindo-se sob uma forma não categórica, consistindo sobretudo em precedentes de jurisprudência e opiniões doutrinais”⁴⁸⁴. Esta reserva com que Gény inclui as autoridades no plano das fontes formais de Direito, plenamente confirmada (até mais do que isso...) quando expressamente rejeita a competência de fonte formal de Direito quer à doutrina quer à jurisprudência, mostra bem aquilo a que antes nos referíamos: as convicções de Gény quanto às limitações da lei⁴⁸⁵, do seu desempenho e dos consagrados métodos hermenêuticos associados à sua soberania, parecem, em última análise, ceder perante os à época arreigados paradigmas jurídico-político-institucionais. Se ao longo da sua obra, procura sempre caracterizar o desempenho da jurisprudência enquanto elemento por excelência de toda a formação jurídica, descrevendo-a como o verdadeiro coração do direito vivo, capaz de fazer face às necessidades reais enfrentadas pela ordem jurídica, são vários os momentos em que confessa que, por vezes, mais vale “renunciar a um certo refinamento da justiça

⁴⁸³ Ross fala mesmo em manipulação, apontando o dedo ao desejo sentido por Gény de dotar o direito consuetudinário de uma positividade semelhante à da lei, através da denominada força obrigatória absoluta, isto é, jurídica. Consegue-o ao incluir o costume entre as fontes dotadas de autoridade, apesar de isto se coadunar mal com a sua definição não positivista do direito e, em particular, com a sua definição de direito consuetudinário. Cfr. *ibidem*, pp. 110-111.

⁴⁸⁴ Já no II volume da obra em análise, Gény descreve desta forma as fontes em questão: “estas opiniões, ou melhor, as forças sociais que as traduzem, e que nós qualificamos, segundo a sua origem, como *doutrina* ou como *jurisprudência*, podem ser agrupadas sob a denominação genérica de *Autoridade*. E quando esta *Autoridade* se reveste de um cunho de antiguidade, que lhe dá ao mesmo tempo o prestígio e a caducidade de uma grande época, ela torna-se uma *Tradição*. Entre *Tradição* e *Autoridade* propriamente dita (moderna) não existe, salvo circunstâncias particulares, uma diferença de natureza, mas apenas uma diferença de época e de duração”. Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol. II, p. 2. A distinção entre precedentes da jurisprudência e opiniões doutriniais, ou entre jurisprudência judicial e jurisprudência dogmática, assume em Gény, no entender de Fernando Bronze, um sentido retórico-cultural, e não político-conceitual. Cfr. Fernando José BRONZE, *op.cit.*, p. 727.

⁴⁸⁵ “Na pátria do legalismo, ousou dizer que a lei era lacunosa, que os problemas da vida extravasavam o quadro por ele instituído e que se impunha, portanto, repensar o paradigma discursivo consagrado”. Cfr. *ibidem*, p. 727; António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 212 e ss..

concreta para manter a supremacia da regra geral”⁴⁸⁶. Mais do que por vezes, essa parece gradualmente assumir-se como regra. Logo de seguida, no entanto, reconhece o erro de sacrificar a uma quimera de inflexibilidade e de igualdade abstractas toda a ideia de adaptação individual dos princípios gerais através da apreciação judiciária. Terá o dividido autor francês pretendido mesmo cingir-se com este reconhecimento aos princípios gerais? A sensação que perpassa muito do seu texto, é a de que tenta desesperadamente, e em vão, conciliar o inconciliável⁴⁸⁷. A segurança e certeza da abstracção e inflexibilidade legislativa, por um lado, e a riqueza e fecundidade proporcionadas pelas virtualidades hermenêuticas, sobretudo, da jurisprudência, por outro. Em última análise, parece preferir que toda a questão de direito se resolva através de uma regra absoluta e categórica, que o intérprete não possa nem discutir nem modificar; que possa, quando muito, “discerni-la” de entre as outras⁴⁸⁸. Estará Gény a pensar numa *escolha*, com este discernimento? Acrescenta ainda que semelhante organização é a primeira base para uma boa justiça, devendo assim impor-se como princípio formal, para garantia dos interesses e estabilidade das questões em apreço. De contrário, “é toda a flutuação de opiniões que se substitui à direcção inflexível do direito positivo; é a incoerência e a agitação das paixões humanas que ameaçam suplantar o equilíbrio, imutável e incorruptível, da justiça”⁴⁸⁹. Mas se, como antes sugerimos, naquele acto de discernimento da regra a aplicar estiverem envolvidos momentos de escolha, de selecção, é já todo o edifício moderno que é posto em causa... Aquela preferência empurra o autor no sentido de apenas reconhecer o estatuto de fonte formal à lei e ao já quase insignificante costume⁴⁹⁰. Por outro lado, entende Gény que nada na natureza destas manifestações de direito positivo – jurisprudência e doutrina - repugna à noção de fonte de Direito, se com essa noção se identificam tópicos directivos para o juízo do intérprete. “Acrescento que, não menos que a lei e o costume, estas direcções podem ser qualificadas como fontes formais pois, para o jurisconsulto a quem se propõem, elas aparecem como elementos, claramente exteriores a ele, sob a forma de injunções (mais ou menos imperativas) de poderes (...)”⁴⁹¹. Ao tratar do valor das

⁴⁸⁶ Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol. I, pp. 216-217.

⁴⁸⁷ Cfr. Fernando José BRONZE, *op.cit.*, p. 727.

⁴⁸⁸ Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol. I, p. 216.

⁴⁸⁹ Cfr. *ibidem*, p. 216.

⁴⁹⁰ Isto, desde logo, após a promulgação dos primeiros códigos.

⁴⁹¹ Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol. II, pp. 3-4.

autoridades modernas, no entanto, partindo do sistema de direito positivo consagrado ao seu tempo, acaba por rejeitar expressamente a categoria de fonte de Direito quando aplicada quer à jurisprudência quer à doutrina. Desde logo por imperativos de natureza constitucional, que sente imporem-se-lhe como um facto social inelutável. A consagração político-institucional de um princípio como o da separação de poderes parece, desde logo, obstar à consideração da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência, como fontes formais de Direito (ou será que obsta ao reconhecimento da validade e legitimidade formais de determinados procedimentos constitutivos de normas jurídicas?). Mas Gény não segue exactamente por aí. Chega mesmo a dizer, deste princípio da separação de poderes, que ele não pode ser erigido em dogma absoluto, que se deva cegamente e a todo o custo levar às últimas consequências⁴⁹². Admite, contudo, não ser necessário enveredar por uma crítica mais detalhada de tal princípio, pois outro aspecto inviabiliza a consideração daqueles dois domínios como sendo de fontes de Direito. Isto é, como resultando na produção de regras jurídicas, por excelência gerais e abstractas. Em relação à doutrina, desde sempre menos problemática na hora de se lhe reconhecer aquele estatuto, Gény rejeita taxativamente que algum poder possa ser reconhecido aos sábios, cuja opinião, ainda que exprimindo um sentimento colectivo, não pode nunca traduzir mais do que os esforços de razões individuais, sem nenhum carácter de publicidade e de, por assim dizer, autenticidade⁴⁹³. Quanto à autoridade da jurisprudência, o seu alcance não pode ultrapassar os casos particulares sobre os quais estatui, pelo que afastada fica a eventualidade de uma qualquer interferência desta actividade no terreno legislativo. Aquilo que a legislação tem de mais específico é a natureza geral e permanente das suas disposições, características que não fazem, nem podem fazer, parte da estrutura das decisões judiciais, pelo que uma usurpação de funções não é de temer⁴⁹⁴.

⁴⁹² Cfr. *idem, op.cit.*, vol. I, p. 209.

⁴⁹³ Diz Gény a certa altura que não se vê a que título uma competência que foi recusada ao órgão oficial da justiça poderia, na ausência de qualquer instituição de juristas patenteados, ser reconhecida aos sábios, cuja opinião, ainda que exprimindo um sentimento colectivo, nunca traduz mais do que os esforços de razões individuais, sem nenhum carácter de publicidade ou de autenticidade que a imponha a uma razão igualmente independente. Cfr. *idem, op.cit.*, vol. II, p. 54. O que quererá Gény dizer com uma “instituição de juristas patenteados”?

⁴⁹⁴ Os juízes são incumbidos de aplicar a lei ou, mais genericamente, de aplicar o direito, expresso ou latente. Se o podem criar para determinados casos, não têm no entanto qualidade – competência? - para o erigirem em preceito destinado a reger os casos futuros. Cfr. *idem, op.cit.*, vol.I, p. 210.

Perante isto, mais uma vez, as nossas reflexões levam-nos a pensar que, mau grado o passo em frente que no domínio da hermenêutica jurídica representaram os trabalhos de Gény – com a determinação de limites efectivos ao método exegético, nomeadamente -, ele não se conseguiu libertar ainda dos modelos que eram os do seu tempo. E isso manifesta-se de modo irrecusável em toda a sua doutrina das fontes. As limitações que a mesma evidencia assentam largamente nesse entendimento deficitário do papel e da estrutura da actividade hermenêutica. E vice-versa. A própria caracterização da fonte de Direito a que dá o nome de livre investigação científica, se por um lado mostra já alguma ruptura com os fundamentais postulados do pensamento jurídico moderno-iluminista, não deixa ainda assim de lhe estar sob a alçada. Precisamente porque esta fonte a concebe o autor como entrando em cena apenas quando o intérprete não se encontra sob as rédeas imperativas e autoritárias de uma qualquer fonte formal do Direito. Nisto vai uma conquista inegável: a do reconhecimento explícito das limitações do legislador enquanto agente criador, por excelência, desse direito positivo emanado de fontes formais⁴⁹⁵. “Por mais multiplicadas e aperfeiçoadas que sejam, estas fontes imperativas não esgotarão nunca o domínio jurídico e deixarão, apesar de tudo, um vasto campo à actividade pessoal do intérprete. Em todo o caso, jamais elas representarão o absoluto, numa plenitude que seja suficiente para todos os casos”⁴⁹⁶. As fontes formais do Direito, na primeira linha das quais está a lei e, conseqüentemente, o legislador⁴⁹⁷, são incapazes de prever todas as

⁴⁹⁵ Só eufemisticamente se fala em fontes formais no contexto do direito positivo vigente ao tempo de Gény. O próprio autor se refere ao efeito dramático que sobre as mesmas fontes, seu valor e eficácia, teve a promulgação do Código Napoleónico, primeiro, e de outras codificações depois. O costume não tem praticamente expressão, e as autoridades valem o que já vimos. Resta a lei e o seu império. “... o regime da codificação sob o qual vivemos fez, na medida em que se aplicou, tábua rasa da maior parte das fontes formais anteriores...” Cfr. *idem, op.cit.*, vol. I, p. 239.

⁴⁹⁶ Gény continua: “Ao seu lado, como expediente de uma outra ordem, de natureza essencialmente prática, concebemos que uma forte hierarquia judiciária, dominada por um tribunal regulador, com uma autoridade forte e eficaz, contribua, com sucesso, para assegurar, pela regularidade e pela uniformidade de jurisprudência, uma estabilidade da ordem jurídica positiva, que satisfaça amplamente a segurança dos interesses”. Cfr. *ibidem*, p. 218.

⁴⁹⁷ Escreve: “o carácter especial da lei escrita, encarada como fonte do direito positivo, não reside na natureza ou origem última do seu conteúdo, que são idênticas para todas as regras jurídicas, mas apenas na forma, que lhe atribui a autoridade, precisa e concreta, de que ela emana directamente. (...) É a estas qualidades eminentes, assegurando o máximo de segurança e de certeza na ordem jurídica, fazendo desta

hipotéticas situações que o decorrer das condições de vida vai gerando; são incapazes de abarcar o universo social eventualmente carecido da sua atenção. Há falhas, espaços (indevidamente) deixados em branco. E nesses o intérprete é livre. Livre de investigar cientificamente o Direito a aplicar. Mas que ciência é esta? E que liberdade é esta, de que o intérprete não dispõe quando está sob a alçada dos “entraves” representados pela existência de uma fonte formal aplicável? Em que se traduz aquela diferente liberdade, suprimida ou restringida nas matérias versadas pelas fontes formais?

Gény entende que a livre investigação do Direito entra em acção quando nada nas fontes formais – entenda-se, na lei – contém explicitamente uma resposta para determinada situação⁴⁹⁸, pelo que, desprovido de qualquer apoio autoritário, ele se vê na contingência de ter que decidir por si mesmo. Em suma, a livre investigação científica tem o seu lugar em caso de lacunas. É livre, porque subtraída à acção própria de uma autoridade positiva, e simultaneamente científica, porque encontra a sua solidez em elementos objectivos que apenas a ciência lhe pode revelar⁴⁹⁹. Elementos objectivos que, teoricamente, irão orientar o caminho – as escolhas? – do intérprete quando as fontes formais se revelarem incapazes de o fazer. Mas a este propósito, mais uma vez Gény nos surpreende, afirmando que nestas situações, quando o intérprete assim é deixado entregue a si mesmo, a interpretação não encontrará os apoios objectivos necessários a não ser na natureza das coisas⁵⁰⁰. Para alguém que poucas páginas antes havia manifestado a sua firme intenção de se defender das acusações de querer ceder às tendências naturalistas e agnósticas, por considerar tais tendências contrárias ao verdadeiro espírito científico⁵⁰¹, este confesso jusnaturalismo não deixa de suscitar alguma inquietação. Aquilo a que Gény chama natureza das coisas parece reflectir-se, para o autor, em princípios jurídicos gerais próprios a cada domínio, alcançáveis de modo lógico-dedutivo, por um lado; e princípios de justiça, imanentes à nossa natureza moral, e revelados pela razão ou pela consciência, por outro. Por estes deverá o intérprete pautar a sua “livre” actuação quando confrontado com uma lacuna. Esses os

fonte «o verbo perfeito do Direito», que a lei escrita deve a importância e a extensão que assumiu na nossa civilização francesa moderna”. Cfr. *ibidem*, p. 240; *idem, op.cit.*, vol. II, p. 123.

⁴⁹⁸ Gény admite o recurso a elementos estranhos ao texto da lei que permitam interpretar a mesma de modo extensivo ou restritivo.

⁴⁹⁹ Cfr. *idem, op.cit.*, vol. II, p. 78.

⁵⁰⁰ Cfr. *ibidem*, p. 82.

⁵⁰¹ Cfr. *ibidem*, p. 78.

limites “objectivos” da livre apreciação que se propõe fazer. E que, curiosamente, são os que permitem distinguir a actividade hermenêutica do jurisprudente da do legislador. Gény traça, muito acertadamente, um paralelismo entre a investigação que se impõe ao juiz fazer nos casos que temos vindo a apreciar e aquela que ao legislador compete levar a cabo. Salvo certas circunstâncias, que se prendem com a falta de generalidade dos frutos da actividade judicativa, as considerações que devem guiar ambas as actividades têm a mesma natureza, “pois que se trata, de um lado e do outro, de satisfazer, o melhor possível, através de uma regra apropriada, a justiça e a utilidade social”⁵⁰². Isto justifica a direcção apontada aos magistrados pelo jurista francês em caso de insuficiência ou silêncio das fontes formais: deverão formar as suas decisões de direito de acordo com os objectivos que seriam previsivelmente os do legislador, caso ele se tivesse proposto a regulamentação daquela questão⁵⁰³.

O que nos parece fundamental realçar é esta natureza intrinsecamente interpretativa das actividades judicial e legislativa, graduada pelas limitações existentes no plano judiciário, onde o juiz “que estatui em vista de casos particulares e a respeito de problemas absolutamente concretos, deve, de acordo com o espírito da nossa organização moderna, e para escapar aos perigos do arbítrio, separar-se, na medida do possível, de toda a influência pessoal, ou vinda da situação particular que se lhe oferece, e basear a sua decisão jurídica sobre elementos de natureza objectiva”⁵⁰⁴. Pelo contrário, o legislador não estaria, no entender de Gény, sujeito a qualquer tipo destas limitações, na apreciação de situações gerais que lhe compete regulamentar de modo completamente abstracto. Mas será possível limpar as mãos hermenêuticas do intérprete, actue ele como legislador ou como juiz-decisor? Mais uma vez nos parece ambígua a posição do autor perante esta questão tão fundamental.

Vejamos o problema ainda sob outra perspectiva importante. A missão da jurisprudência, afirma Gény, remete sempre para a actividade interpretativa: seja interpretação de uma vontade traduzida na lei ou no costume, seja interpretação do direito imanente na natureza das coisas. Ou seja, quando não há lacunas, isso significa que há uma fonte formal de Direito que se revela directa e imediatamente aplicável à situação em apreço. Há que interpretá-la. Há que determinar o sentido das regras a retirar dessas fontes. E, mais uma vez, Gény parece querer agradar a dois senhores.

⁵⁰² Cfr. *ibidem*, p. 77.

⁵⁰³ Cfr. *ibidem*, pp. 77-78.

⁵⁰⁴ Cfr. *ibidem*, p. 78.

Criticando, embora com diferentes fundamentos, as metodologias tanto da Escola exegética como da Escola Histórica, vem a esse propósito expor a sua própria doutrina da interpretação da lei escrita. A legislação não é o produto perfeito, pleno e acabado de um sábio e onnipotente legislador; um produto que, por si só, se baste para dotar os julgadores de qualquer situação dos correspondentes meios objectivos que lhes permitirão de modo praticamente matemático resolver o caso concreto. Nem as soluções concretas se podem pura e simplesmente deduzir dos abstractos comandos contidos nas prescrições legislativas, nem estas mesmas prescrições, em toda a sua sistematicidade, são de molde a cobrir todas as situações carecidas de regulamentação jurídica. Gény reconhece aqui espaço para a actuação de outras fontes que diz formais, e que complementariam a legislação naquela tarefa reguladora⁵⁰⁵. Mas é sobretudo no modo como entende a operação de apreensão de sentido do texto escrito da lei que ele menos consegue desprender-se do seu tempo. Apesar de reconhecer que o juriconsulto, quando interpreta as injunções exteriores ao seu juízo, para delas retirar o preceito que contém, não desempenha um papel meramente receptivo ou mecânico, não retira desta asserção demasiadas consequências. A noção de interpretação que parece professar está ainda demasiado presa aos esquemas formais da disciplina jurídica oitocentista. Desde logo na medida em que aquela apreensão visa, no seu entender, e sempre terá que visar, a determinação daquela que terá sido a vontade real do legislador histórico. Essa a função do intérprete e a vocação da expressão legislativa: permitir o acesso a essa manifestação de vontade. A convicção segundo a qual esse é o verdadeiro objectivo da interpretação jurídica, tão cara à própria Escola da Exegese francesa⁵⁰⁶, vai, muito naturalmente, orientar todas as direcções que Gény lhe analisa. O recurso a elementos exteriores ao texto – estranhos à sua fórmula – faz-se sempre e tão-só na medida em que puder contribuir para esclarecer o sentido daquela vontade. E, claro, na medida em que

⁵⁰⁵ Cfr. *ibidem*, vol.I, p. 267.

⁵⁰⁶ Convicção em que Gény fundamenta uma das mais contundentes críticas que dirige a Savigny e às metodologias interpretativas da Escola Histórica: “aquilo que é verdadeiramente decisivo contra as tendências que aqui combato é que, sacrificando, como elemento de interpretação da lei, a vontade subjectiva que a ditou, elas desprezam completamente a sua essência e a sua razão de ser. Essa foi a grande lacuna da Escola Histórica, a de negligenciar, por princípio e sob o império de uma espécie de determinismo exclusivo, a parte incontestável da actividade consciente e reflectida do homem na formação do direito.” Mais à frente conclui que é necessário à interpretação remontar à vontade que a criou, e tratar de reconstituir essa vontade na sua pureza e energia originárias. Cfr. *ibidem*, vol. I, pp. 263-264.

não tiver sido possível a partir do simples exame da fórmula obter a revelação da vontade legislativa.

Quando, por outro lado, os limites desta actividade interpretativa são ultrapassados, quando a ausência ou grau de obscuridade da fórmula legislativa, impedem o intérprete – ainda que com recurso a fórmulas extremas, de uma interpretação extensiva ou restritiva, admitidas ambas pelo autor – de alcançar a soberana e efectiva vontade legislativa, ou este é remetido para a existência de outras fontes formais de Direito – que, como já vimos, dificilmente vão além do costume⁵⁰⁷ -, ou está aberto o caminho para a chamada livre investigação científica. Entramos assim no fundamental domínio das lacunas, que Gény se propõe suprir através do reconhecimento ao intérprete de um campo de livre investigação, em que a natureza das coisas parece ser a única instância a proporcionar critérios objectivos de decisão. Na primeira linha de actuação destes procedimentos de livre investigação científica, encontra-se a analogia, cujo exercício, no entender de Gény, excede manifestamente o puro diagnóstico da vontade legislativa que caracteriza todo o desenvolvimento legítimo de um texto legal⁵⁰⁸. Excede, pois, a actividade de interpretação jurídica. Desenvolve-se, no entanto, sobre o sólido apoio do direito escrito e em obediência aos princípios fundamentais de uma livre investigação científica. De acordo com a objectividade da natureza das coisas.

Não podemos deixar de sentir muitas reservas quanto a esta proclamada natureza científica. À livre investigação científica opõe-se uma investigação científica que não é livre porque é vinculada, dependente, submetida a rigorosos critérios de actuação e decisão. Critérios que se impõem pela simples existência daquela fonte formal materialmente adequada. Uma existência que, por sua vez, postula a exigência de retirar da fórmula escrita em que se tiver consagrado a mesma fonte formal a vontade efectiva do seu autor. Não uma qualquer vontade presumida ou presumível, que esclareça aquilo que ele teria desejado ou querido se tivesse previsto determinada situação, num determinado contexto. Não a vontade racional hipotética do legislador, por detrás daquela que efectivamente consagrou, mas a sua vontade real, que Gény diz consciente e reflectida, expressa na fórmula legislativa⁵⁰⁹. Mas de que maneira pode este critério,

⁵⁰⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 237 e ss..

⁵⁰⁸ Cfr. *ibidem*, vol. II, pp. 117 e ss..

⁵⁰⁹ Para Gény as virtudes da lei escrita enquanto elemento de interpretação advêm-lhe precisamente desta sua natureza de acto de vontade consciente e reflectida, emanando de uma autoridade humana, qualificada

que Gény reputa de verdadeiramente essencial, correspondente à genuína razão de ser da lei, conduzir a um direito científico? Como é possível alcançar a vontade real do autor, a maior parte das vezes colectivo, a partir de complexas fórmulas legislativas? Como é possível atribuir a esta noção – “vontade do legislador” – uma formulação tal que permita depurar um princípio de interpretação utilizável numa construção científica⁵¹⁰?

Quando liberto destes entraves impostos pela existência de fontes formais, o intérprete está sujeito aos critérios objectivos proporcionados pela natureza das coisas. Nesta encontra arrimo a livre investigação científica. Naqueles critérios encontra o intérprete modos de determinar todas as soluções solicitadas pelo direito positivo. Mas Gény reconhece a extensão e a profundidade dos horizontes que com isto se tem que confrontar. Se quiséssemos penetrar de modo cabal as realidades objectivas que constituem o direito positivo, seria necessário descer às raízes constitutivas da própria humanidade, e descobrir os fundamentos últimos da sua vocação, para de seguida tornarmos aos fenómenos que formam a trama essencial e que alimentam a corrente contínua da vida social⁵¹¹. E mais uma vez nos temos que interrogar: que ciência poderá ser esta que se pretende edificar com base em critérios tão pouco objectivos?

Gény tece a este propósito uma observação significativa. Na sua perspectiva, podemos dizer que a missão do jurista não vai nunca no sentido de uma criação propriamente dita do Direito, antes se podendo sempre traduzir numa interpretação: interpretação de uma vontade vertida na lei ou no costume, por um lado, ou interpretação do Direito imanente à natureza das coisas. Ainda que tendo, noutro momento, afirmado a natureza não necessariamente mecânica e reprodutiva da actividade interpretativa propriamente dita do jurista, temos a sensação de que é precisamente essa noção de interpretação que o autor não consegue superar. Uma concepção de interpretação que se opõe liminarmente a qualquer forma de constituição

para impor regras de Direito. Também admite que estas apenas conferem à lei escrita as vantagens de uma maior precisão e de um mais bem assegurado poder sobre os outros elementos da interpretação jurídica. Cfr. *ibidem*, vol. I, pp. 267-268.

⁵¹⁰ Ross considera ser impossível dar ao conceito de vontade do legislador, entendido como realidade psíquica, uma formulação tal que permita obter um princípio de interpretação manejável. Cfr. Alf ROSS, *op.cit.*, p. 112. Sobre a questão, ver também as reflexões do autor em: Alf ROSS, *Imperatives and logic*, 1941, trad. it. Gianfranco Ferrari / Riccardo Guastini, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982.

⁵¹¹ Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol.II, p. 80.

criativa. Este reconhecimento vem reforçar a nossa convicção quanto às limitações do trabalho de Gény. Limitações que apontam no sentido de uma empobrecida compreensão da natureza e estrutura da actividade hermenêutica. E que levam igualmente à caracterização da lacuna como uma falha, numa perspectiva – histórica e doutrinal - também ela demasiado empobrecedora de uma das noções mais controversas e mais fecundas de toda a teoria jurídica.

4. Direito e política. A mediação exercida pela determinação das fontes

O relevo que vai dado à obra de Gény encontra justificação no efeito marcante que a nível de fontes e de interpretação jurídica a mesma obra exerceu no contexto do Direito ocidental e continental. Até aos dias de hoje. Esta uma das questões. A outra prende-se com o facto de grande parte das controvérsias e das inconsistências surgidas em torno do tratamento dado por Gény às questões da interpretação jurídica estarem na directa dependência dos vícios que inquinam a concepção de fontes de que parte.

Esta questão obriga-nos a retomar o sentido que vínhamos a desenvolver em torno da concepção geral das fontes jurídicas. Um sentido que passa por uma fundamental crítica ao modelo tradicional das fontes do Direito que acaba por, *grosso modo*, identificar estas, ora com os modos de formação, ora com os modos de revelação do Direito. Mas não de todo o Direito, senão de uma muito específica acepção do Direito. Aquela que o identifica com um conjunto de regras gerais e abstractas que tomam a sua validade e a sua legitimidade do facto de terem sido emanadas em obediência a um determinado procedimento, por entidades dotadas da respectiva autoridade e competência. Esta, no fundo, a visão clássica da criação jurídica que enquadra a doutrina das fontes a que nos temos vindo a referir. Visão que ainda hoje é largamente partilhada. Como diz, quanto a nós bem, Marcelo Rebelo de Sousa, tudo depende do que se entende por criar Direito⁵¹². Em que é que consiste criar Direito? A resposta à questão das fontes está aí. E como observa também o autor, a própria noção de fonte de

⁵¹² Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA / Sofia GALVÃO, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa, Lex, 2000, p. 139. A propósito da caracterização da ciência como fonte subsidiária do direito objectivo, Gény presente também que tudo depende do significado que se liga à palavra “fontes”. Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, vol. II, pp. 78-79, nota 3.

Direito surge ligada a uma visão altamente empobrecedora da criação de Direito⁵¹³. Decidirmos se determinadas instâncias são ou não são aptas para criar Direito, vai naturalmente depender daquilo que se entender por essa criação. Mais uma vez, na nossa modesta perspectiva, a grande dúvida está em determinar se, no actual contexto histórico-jurídico e político-doutrinal, a jurisprudência constitui ou não uma instância validamente constitutiva de juridicidade.

Uma questão fundamental que daqui decorre – do facto de todo o edifício de fontes do direito se traçar a partir de uma determinada concepção de Direito, que é simultaneamente uma concepção política – é a da necessidade de sabermos até que ponto os dados com que à partida teremos que lidar não estão viciados desde o primeiro momento. Porque é essa mesma concepção de Direito a que hoje se questiona, ainda que mais academicamente do que outra coisa qualquer. Referimo-nos a uma concepção jurídica que identificando o Direito maioritariamente com a lei, atribui ao titular do poder legislativo o exclusivo da criação de regras jurídicas obrigatórias. Sendo que o titular do poder legislativo é sempre um elemento chave no seio da organização política do respectivo Estado, que dessa forma assume o controlo da produção de regras jurídicas que se irão impor a todo um grupo de cidadãos⁵¹⁴. Pelo que, como sublinha Baptista Machado, se só a lei é fonte decisiva de Direito, se só ao seu autor se reconhece competência e autoridade para dotar o seu produto da necessária e legítima juridicidade, então, forçosamente, as outras possíveis fontes de Direito só relevarão enquanto tal na medida em que nesse sentido a mesma lei se pronunciar. Ou seja, à lei cabe determinar e regular os modos de formação do Direito⁵¹⁵. O que, desde logo, não faz grande sentido, sendo a lei apenas uma fonte de Direito, entre outras. O que a Modernidade jurídica,

⁵¹³ Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA / Sofia GALVÃO, *op.cit.*, p. 177.

⁵¹⁴ Se o problema da determinação das fontes de Direito passa pelo problema de sabermos como é que certos conteúdos normativos se tornam válidos sob o ponto de vista do Direito, da juridicidade, como é que se tornam historicamente vigentes enquanto normas jurídicas, então esse problema da determinação das fontes de Direito é um problema eminentemente político. Defendia Ross que o poder não é algo que se encontre por trás do direito, mas antes algo que funciona através dele. Cfr. Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997, 2.^aed., pp. 60, 80 e ss.; ver também José Luis MONEREO PÉREZ, “Estudio preliminar. Alf Ross, la ambición de la teoría realista del derecho”, in Alf ROSS, *La lógica de las normas*, trad. esp. José P. Hierro, Granada, Comares, 2000, p. XCIII, nota 259.

⁵¹⁵ Cfr. João Baptista MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 153-154.

vulgo, o juspositivismo, fez foi atribuir ao sistema jurídico positivo a competência exclusiva para decidir sobre as próprias fontes de Direito positivamente válido, numa completa desvirtuação da natureza da realidade jurídica. Nem todos os ordenamentos jurídicos nacionais optaram, como fez o nosso, pela consagração positiva de normas atinentes à determinação de um quadro geral de fontes do Direito. Naqueles que o fizeram – naqueles em que o legislador optou por incluir no sistema de direito positivo por ele construído regras prescrevendo quais as fontes admitidas pelo mesmo sistema –, estas regras não podem senão ser consideradas normas de segundo grau. Precisamente porque também estes preceitos terão que ir buscar a sua natureza jurídica, a sua positiva juridicidade, a alguma fonte superior. E esta, como bem observa Baptista Machado, é uma questão que transcende o sistema positivo, que transcende a vontade do legislador, que escapa à capacidade regulamentadora desse sistema. Em causa está, nas palavras do autor, a insusceptibilidade de a questão das fontes receber uma resposta preceptiva por parte do sistema jurídico positivo⁵¹⁶. Não é por decreto que podemos determinar o peso das várias fontes de Direito no seio de um ordenamento jurídico positivo⁵¹⁷. E, diga-se desde já, uma vez que temos vindo a entrelaçar as questões uma na outra desde o início, mais deslocada ainda parece ser a necessidade de o mesmo legislador se pronunciar igualmente sobre a própria questão interpretativa.

⁵¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 153.

Capítulo III - Consagração positiva, legal, do quadro de fontes jurídicas

1. Antes da Codificação

Mas a verdade é que não só foi isso que aconteceu em muitos ordenamentos jurídicos históricos, de modo vincado após os respectivos períodos codificatórios, como é precisamente essa a situação com que ainda hoje nos deparamos em muitos destes ordenamentos. Pelo menos na medida em que encontramos nas suas legislações positivas regras que têm como objectivo fixar quer as fontes que o respectivo sistema reconhece como criadoras de Direito, quer os critérios tendentes à sua interpretação.

Esta foi, entre nós, a opção tomada tanto pelo legislador de 1867 como pelo de 1966. Referimo-nos, naturalmente, ao domínio legislativo em que tradicionalmente o tratamento destas matérias teve, e continua a ter assento, e que é a legislação civil. Esta matéria tem assento, mais concretamente, naquela que é a jóia da coroa desta legislação civil, ou seja, o Código Civil. No caso português, estas questões foram directamente versadas pelo código de Seabra de 1867, nosso primeiro Código Civil, e pelo texto que em 1966 o substituiu.

Não é a localização que se questiona. Talvez nem sequer os termos em que é consagrada a matéria. O desconforto é motivado pela simples consagração legislativa de tal matéria. É o legislador, responsável por apenas uma das possíveis fontes de juridicidade, pela produção de Direito numa das suas possíveis manifestações, que decide - presume-se que de modo autoritário - quanto ao seu próprio valor e quanto ao valor das restantes possíveis fontes de juridicidade. E isso não soa bem. E mais uma vez a natureza absolutamente equívoca da expressão fontes de Direito se põe de manifesto. De que legitimidade dispõe o legislador para assim dispor dos desígnios do Direito? A vida e os conteúdos do Direito estão na dependência única da vontade de um abstracto legislador? Legislador que é *teoricamente* democrático, e que *teoricamente representa a maioria* de uma comunidade que *elegeu livre e democraticamente* uma determinada *força política* que *governa* essa comunidade. São demasiadas convenções para que se possa falar de absolutos. Isso por um lado. Por outro lado, as conexões que deste modo

se implicam entre um determinado ordenamento jurídico e, não só uma determinada concepção política, como mesmo uma certa força política, podem até fazer perigar a autonomia do Direito que se presume. Ou será errada a presunção?

Antes de mais, temos que constatar a fundamental alteração que a nível das fontes introduziu no nosso ordenamento jurídico o fenómeno da codificação. Fenómeno que surge, naturalmente, como epifania de todo um projecto político-social, de um modo de perceber e de assimilar a própria cultura jurídica. A compreensão jurídico-política que, a partir da Revolução francesa, se instala um pouco por todos os países europeus, revoluciona por completo os modelos medievais que eram ainda os que conduziam a vida jurídica das várias nações. E estas alterações manifestam-se, desde logo, a nível do espectro de fontes admitidas como produtoras de juridicidade. Manifestam-se, ainda antes disso, na própria concepção de fontes do Direito, que começa a assumir os contornos técnicos e formais que hoje lhe reconhecemos quase por defeito. Já nos debruçámos sobre este extraordinário processo de meteórica ascensão oitocentista da lei no geral conspecto das fontes jurídicas. Esse processo opera-se, naturalmente, em função da própria decadência do modelo que aquele vem substituir, e que se pautava predominantemente por um característico pluralismo normativo no seio das potenciais fontes de Direito. Referimo-nos a um tempo em que não chocava o recurso frequente a legislações estrangeiras, ao direito comum, romano e canónico; um tempo em que o direito era feito de interpretação, e do que dela resultava. Um tempo em que as dimensões pragmática e jurisprudencial da ordem jurídica determinavam uma grande parte da sua própria estrutura. A ascensão da dimensão legalista determina a unificação do sistema de fontes do Direito e a consequente marginalização das suas fontes não legais⁵¹⁸. Nomeadamente do chamado direito dos juristas, *Juristenrecht*, intimamente vinculado à actividade da *interpretatio*. Hobbes observa, no seu *Leviatã*, que a astúcia do intérprete pode fazer com que a lei adquira um sentido contrário àquilo que o soberano quis dizer e que, desse modo, o intérprete se transforma em legislador⁵¹⁹. Para o autor, “a *interpretatio* reflecte” assim “uma patologia política: alguém que não quer o

⁵¹⁸ Cfr., v.g., Mário Reis MARQUES, *Codificação e paradigmas da Modernidade*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2003, pp. 436 e ss..

⁵¹⁹ Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatã*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2002, 3.ª ed., p. 224.

que quer a lei e pretende manipulá-la ao serviço da sua vontade não soberana”⁵²⁰. Assim, a lei afirma-se, estranhamente, em detrimento da interpretação. A lei, fruto também ela, como adiante teremos oportunidade de ver, de múltiplos processos interpretativos, vê-se formal e historicamente divorciada dos mesmos processos. Analisando esta proibição que, ao longo da história, governantes desde Justiniano a Napoleão, foram lançando à interpretação da norma jurídica escrita, diz Paulo Ferreira da Cunha ser essa uma atitude, por um lado compreensível, mas, por outro, absolutamente néscia. Não é possível eliminar por decreto algo que é por natureza inevitável...⁵²¹.

A evolução da nossa história jurídica mostra a necessidade que vão sentindo as populações e os monarcas, seus genuínos representantes, de ordenar aquelas plurais fontes de Direito. Sente-se, naturalmente, a necessidade de saber em que Direito se vive e de conhecer as regras pelas quais vão ser pautadas as condutas de cada um. E dos esforços de sistematização e simplificação desenvolvidos nesse sentido pelos nossos juristas, nomeadamente nos três textos das Ordenações que precederam a Codificação em Portugal, sobressai algo de fundamental. Sobressai, em primeiro lugar, a categoria verdadeiramente constitucional que é reconhecida à matéria em questão. Daí a sua inclusão no Livro II do texto quer das Ordenações Afonsinas, quer das Ordenações Manuelinas. Estando qualquer um destes textos, em certa medida, ao serviço do movimento de centralização do poder, e reflectindo a determinação da questão das fontes de Direito um aspecto crucial do exercício desse poder, não é de espantar que a matéria venha tratada naquele que é por Paulo Ferreira da Cunha considerado o remoto berço das matérias constitucionais entre nós: o Livro II das Ordenações. Neste texto se compreendem, entende o autor⁵²², as matérias constantes da constituição escrita de então. Não surpreende também que, ao ser publicado o texto das terceiras e últimas Ordenações entre nós, Filipinas de seu nome, esta matéria tenha, de modo praticamente incólume, transitado para o Livro III das mesmas. Subjacente estaria a ideia de promover uma certa despromoção destas questões, retirando-lhes a conotação

⁵²⁰ Cfr. Andrés OLLERO, “Hobbes y la interpretación del derecho”, in *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1977, p. 65, *apud* Mário Reis MARQUES, *op.cit.*, p. 441.

⁵²¹ Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Memória, método e direito. Iniciação à metodologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 78.

⁵²² Cfr. *idem*, *Para uma história constitucional do direito português*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 155 e ss..

constitucional para as equiparar às matérias processuais de que tratava o referido Livro III⁵²³. O relevo desta alteração prende-se com o segundo aspecto que se vê sobressair do tratamento sistemático dado pela doutrina nacional à matéria das fontes. Tratar das fontes implicava, em primeiro lugar, catalogar e prescrever o recurso às fontes do cada vez mais abundante e mais relevante direito nacional. Não nos interessa particularmente fazer um exame exaustivo sobre as várias categorias que aqui tinham lugar. Interessamos, sim, chamar a atenção para a importância que nesta altura assumia o problema do chamado direito subsidiário. Aquele que seria chamado a actuar sempre que o direito nacional não contivesse nas suas disposições uma cabal solução para o problema em análise⁵²⁴. Em causa estava o fortalecimento do poder central e a afirmação da nacionalidade. Isso justificava que a primeira linha das fontes imediatas – aquelas a que era atribuída prevalência – fosse constituída pela produção jurídica nacional, em qualquer uma das suas possíveis manifestações. Mas ainda que, um pouco por toda a Europa, fossemos assistindo a estes processos de fortalecimento das respectivas autonomias nacionais, com a subsequente necessidade de reforçar os respectivos poderes centrais, a verdade é que os correspondentes processos de autonomização dos respectivos ordenamentos jurídicos não corriam à mesma velocidade. Pelo que, política e culturalmente, o recurso a ordenamentos jurídicos estranhos ao estritamente nacional fosse perfeitamente admissível. Daí a particularidade com que era entendida a própria noção de lacuna. Um temporário espaço em branco que rapidamente se vê colmatado pelo recurso aos sucessivos anéis de direito subsidiário consagrados pelo “legislador”. Direito subsidiário que é maioritariamente alimentado por esse extraordinário magma, de perene fecundidade, no seio e à sombra do qual se vai desenvolver a maior parte destes ordenamentos jurídicos nacionais: o direito comum. Este lastro de cultura jurídica, que é partilhado pela maioria dos Estados europeus, vai permitindo suprir as insuficiências dos ordenamentos nacionais em formação, à medida que estes se vão

⁵²³ Quer-se eliminar a ideia segundo a qual na questão das fontes está em causa um potencial conflito de jurisdições. Cfr. Guilherme Braga da CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra, separata da *Revista Portuguesa de História*, Tomo XIV, Homenagem ao Prof. Paulo Merêa, 1975, pp. 251 e ss..

⁵²⁴ O que justifica que, durante muito tempo, o direito subsidiário tivesse pouco de subsidiário: os direitos nacionais desenvolviam-se lentamente, e as práticas judiciais mais lentamente acompanhavam o imperativo direito nacional...

tornando gradualmente mais autônomos, de modo a corresponder às necessidades de centralização do poder político⁵²⁵.

Embora substancialmente transformado pela Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769, mais conhecida como a *Lei da Boa Razão*, o nosso sistema de fontes de Direito e os pressupostos fundamentais que lhe subjazem vão-se manter até ao período da codificação. Aquela que Reis Marques considera ser uma lei “pejada de modernidade”⁵²⁶, além de a considerar uma das leis mais estruturantes do direito português⁵²⁷, representa, a nível político como a nível jurídico, um estratégico ponto de transição. Com ela, tanto a nível das fontes jurídicas nacionais como no que respeita ao direito subsidiário, a razão iluminista dá entrada formal no nosso ordenamento jurídico. De certo modo, ela, de mãos dadas com a vontade real, passa a ser o crivo, o filtro pelo qual todo o Direito terá agora que passar. Sobretudo o direito comum.

2. Codificação e fontes de direito. Modernidade do conceito de lacuna

Só com a codificação, no entanto, se vem a assistir a uma verdadeira revolução no panorama geral das fontes de Direito em Portugal. E, como bem sabemos, não só em Portugal. A tendência que se vinha já afirmando no sentido de privilegiar as fontes nacionais consolida-se agora de modo pleno, tal como as desconfianças que suscitava o recurso ao chamado direito subsidiário⁵²⁸.

⁵²⁵ Sobre as relações entre este direito comum e os direitos particulares na baixa medievalidade, ver, v.g., Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 221 e ss.; Mário Reis MARQUES, *op.cit.*, pp. 20 e ss..

⁵²⁶ Cfr. Mário Reis MARQUES, *História do direito português medieval e moderno*, Coimbra, Almedina, 2002, 2.ª ed., pp. 160 e ss..

⁵²⁷ Cfr. *idem*, *Codificação e paradigmas da Modernidade*, p. 576.

⁵²⁸ Historicamente, diz-nos Prieto Sanchís, constata-se que a concentração do poder se traduz num sistema de fontes unitário e hierárquico sob a hegemonia da lei, enquanto a dissolução do poder encontra a sua resposta jurídica num sistema pluralista e escassamente hierarquizado. Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 159. Acrescenta ainda o jurista espanhol, numa afirmação lapidar em que se consubstancia grande parte do mote para a nossa investigação, que “decidir quais são as fontes do direito equivale a decidir «quem» e «como» manda”. Cfr. *ibidem*, p. 159.

Parece-nos muito interessante o modo como Almeida Costa trata esta questão. E fá-lo sublinhando, desde logo, um aspecto fundamental: o de que o conceito de lacuna, tal como o conhecemos, tem neste período histórico-jurídico a sua origem. Precisamente nos limites de um direito formalmente pré-constituído. O que nos parece interessante na aproximação do autor é a perspectiva segundo a qual, no modelo anterior à codificação, a impropriamente designada lacuna não convocava nunca o contributo activo do juiz/intérprete a quem competia fazer a integração. A dimensão do direito subsidiário, e do próprio recurso que ao mesmo se fazia, providenciava uma pronta resposta para qualquer questão que estivesse eventualmente desatendida pelas normas nacionais, pelo que ao juiz apenas era exigido que procurasse, de entre as várias ordens normativas a seu dispor, nacionais ou não, a regra a aplicar. A capacidade para integrar constitutivamente uma verdadeira lacuna, um espaço deixado por preencher por um ordenamento jurídico unitário e sistematizado, é suscitada pelo próprio modelo da codificação. Uma capacidade que, ainda que dirigida por critérios metodológicos gerais eventualmente prescritos pelo legislador, sempre implica para o julgador, no novo modelo, “uma relativa liberdade integradora já que haverá que dar resposta jurídica aos casos de verdadeira lacuna mediante uma decisão normativamente a constituir para além dos dados formais do direito”⁵²⁹. Aquilo que se parece apontar é, pois, a ausência ou irrelevância de processos hermenêuticos criativos face ao sistema de fontes jurídicas consagrado por um ordenamento pré-codificação, e o reconhecimento da sua intervenção num modelo de sistematização codificada. Apesar de se entender a lógica da observação, há no entanto algo nela que não colhe. O pluralismo normativo da pré-codificação torna rainhas a ciência jurídica e a própria jurisprudência, directamente comprometidas com a vitalidade e o dinamismo de uma realidade jurídica em permanente transformação. Tudo isto num processo que se confunde com os próprios processos de *interpretatio*, e em que a integração, tal como a conhecemos, não parece ter lugar.

Talvez este configurasse um modelo em decadência e em descrédito. Talvez as necessidades de certeza, de segurança e de regularidade reclamassem desde há muito outro grau de sistematização do Direito, outros critérios de apreciação da sua aplicação. Mas é com a codificação, sobretudo com as primeiras euforias codificatórias, que

⁵²⁹ Cfr. Mário Júlio de Almeida COSTA, *História do direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, 3.ª ed., pp. 308-311.

aquelas fontes de Direito que mais explicitamente implicam a tarefa criativa do intérprete, vão verdadeiramente sofrer o golpe de misericórdia. Aí reside o maior dos receios do espírito e da lógica jurídica burgueses: na possibilidade de interpretativamente se distorcer aquilo que com tanto zelo e sagrada sabedoria o legislador decidiu para todos e de uma vez por todas⁵³⁰. Daí os postulados da unidade, da consistência interna, da plenitude lógica do sistema jurídico codificado. Postulados com os quais não é fácil conciliar a noção de lacuna. Que, no entanto, não deixa, de algum modo, de ser reclamada por esse mesmo novo enquadramento. A figura da lacuna é necessária, mostra-nos Prieto Sanchís, a fim de tornar compatíveis duas fundamentais exigências dos tempos modernos, intimamente ligadas ao processo de monopolização jurídica do estado legislativo. São elas, por um lado, a obrigação que sobre o juiz impende de julgar, de decidir (a proibição do *non liquet*), e por outro, a obrigação que tem de o fazer dentro dos quadros de um direito pré-constituído, composto por regras pré-estabelecidas⁵³¹. A partir daqui, várias combinações são possíveis, sendo que as fronteiras que separam umas das outras nem sempre serão as mais nítidas. Saber em que medida uma resposta, uma decisão, é fruto da criação do juiz ou em que medida resulta da pré-determinação de um sistema normativo torna-se problema candente de toda a actividade jurídica. Daí advém igualmente toda a complexidade de que se reveste, desde sempre e talvez cada vez mais, a noção de lacuna. Uma noção em que a íntima dependência que une a teoria das fontes à questão interpretativa alcança toda a sua profundidade. Uma noção que, como adiante tentaremos mostrar, não se justifica apenas, nem propriamente, nas franjas daquilo a que chamamos ordenamento constituído, e que constitui também uma representação muito característica da Modernidade jurídica. Correndo o risco de antecipar uma explicação que talvez mais tarde encontrasse melhor acolhimento, veja-se o que a propósito do sentido nuclear que assume a figura da lacuna nos diz Fernando Atria: “quando nos cursos de 1.º ano os estudantes de direito chegam ao problema das lacunas, costumam ter a impressão de que se trata de uma questão técnica de importância específica. Parte significativa da sua compreensão do problema passa por perceber que isso não é assim, que a questão das lacunas na realidade é a questão da função judicial, e que a questão da

⁵³⁰ De modo a que Grossi se sinta legitimado para vir falar do divórcio entre legislador e intérprete. Cfr. Paolo GROSSI, “Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto”, pp. 264 e ss., *apud* Mário Reis MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, p. 456.

⁵³¹ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, pp. 123 e ss..

função judicial, isto é, da função de aplicar regras gerais a casos particulares no contexto de sistemas normativos institucionalizados, é na realidade um dos pontos centrais de uma teoria do Direito moderna”⁵³².

Se tivermos presente tudo o que já foi referido a propósito da textualidade e linguisticidade do discurso jurídico, nomeadamente do discurso normativo, não nos é fácil lidar com a noção de lacuna que o legislador parece querer adoptar. Noção que, por seu turno, parece ir de mãos dadas com a estanqueidade atribuída às actividades interpretativa e integrativa. O que acontece é que a lacuna não pode deixar de ser resultado de um processo de interpretação⁵³³, podendo o juiz decidir que o caso contemplado forma parte do suposto abstracto de uma norma, iludindo a lacuna, ou que, pelo contrário, não se encaixa naquela previsão normativa, assim “provocando” a lacuna⁵³⁴. O facto de a norma só tomar forma a partir da linguagem, sem curarmos aqui de especificidades linguístico-prescritivas que tal linguagem possa apresentar, torna-a por si só objecto de operações que permitam retirar/atribuir sentidos a essa linguagem. Como virá a defender Raz, um dos motivos que torna as lacunas inevitáveis é o da textura necessariamente aberta da linguagem em que se vertem as fontes, as intenções e os próprios factos⁵³⁵. Dizemos que Raz o virá a defender lembrando que estávamos a tentar situar-nos no período codificatório por excelência. Isto é, o séc. XIX. Mas já que optámos por avançar um pouco em relação à problemática das lacunas, de qualquer modo muito pertinente para o que aqui nos ocupa, vejamos o que sobre a mesma defende Max Ascoli. Sublinhando o facto de a característica fundamental da norma ser a sua abstracção, o autor italiano observa que o problema das lacunas é, no fundo, um falso problema. E é um falso problema porque todo o Direito, no seu esforço de prever o imprevisível, é ele mesmo um sistema de lacunas. Obrigatoriamente fragmentário, o Direito pode seguir ou antecipar a vida, mas não pode nunca vencê-la, pelo que, de modo bastante dramático, Ascoli reconhece que “todo o direito é, não um sistema de

⁵³² Cfr. Fernando ATRIA, “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, p. 153.

⁵³³ Como pressentiu Guastini, ao afirmar que a interpretação constitui uma via tanto para evitar as lacunas como para as criar. Cfr. Ricardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, pp. 355-357.

⁵³⁴ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, p. 126.

⁵³⁵ Cfr. J. RAZ, “Legal reasons, sources and gaps”, in J. RAZ, *The authority of law*, 1979, *apud* Fernando ATRIA, “Sobre las lagunas”, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *op.cit.*, pp. 23 e ss..

normas em que exista pelo menos uma lacuna, mas um sistema de lacunas no qual não é pensável encontrar-se uma norma que inteiramente se aplique a um facto”⁵³⁶.

Não é, naturalmente, esta, a perspectiva dos legisladores de oitocentos que, assumindo-se como representantes do monopólio estadual da produção de Direito, que assim se identificava com o próprio produto legislativo, procuravam, no limite, consagrar o ordenamento perfeito. E isto passava por excluir da edificação do mesmo ordenamento qualquer outra fonte que não a legal, pressuposto em função do qual o sistema legal deveria assumir-se não só como pré-determinado, a qualquer aplicação ou a qualquer interpretação, mas também como coerente e pleno, ou seja, sem antinomias e sem lacunas. Antinomias e lacunas que poderiam constituir portas abertas à livre criação do intérprete/aplicador de um ordenamento que se queria perfeito e acabado. Que poderia, nessa mesma medida, obrigar ao recurso a critérios estranhos a esse mesmo ordenamento positivo, única garantia de segurança e certeza jurídicas.

A verdade é, no entanto, a de que gradualmente se vai tornando consciente a ideia de que o direito legalmente positivado não pode, no limite, conter a previsão de todas as situações virtualmente possíveis. Pelo menos, não de modo directo e imediato. Como controlar essa potencial abertura do sistema? Tornando-a aparente. Oferecendo ao julgador critérios que se enquadrem, ainda eles, na lógica do mesmo sistema, e que lhes permitam alcançar soluções que, se não estavam imediatamente ao seu alcance, estavam, ainda assim, contidas no direito positivo previamente delimitado. Na teoria juspositivista da interpretação, observa Zaccaria, a lei não tinha necessidade de nenhum elemento integrativo que não fosse a lógica rigorosa do jurista. Pelo que a pronúncia do intérprete em relação ao Direito será formulada através de uma simples dedução de tipo lógico dos conteúdos da norma jurídica⁵³⁷. Ou pressupostos por ela, acrescentamos nós.

3. As fontes de Direito no Código de Seabra

⁵³⁶ Isto leva Ascoli a comentar que entre todos quantos desempenham funções no mundo do direito, só o intérprete se pode dizer legislador. Cfr. Max ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 35.

⁵³⁷ Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2004, 5.ª ed., pp. 175 e ss..

É assim que, em relação a esta matéria, o legislador de 1867, responsável pela elaboração do nosso primeiro Código Civil, se vai pronunciar nos termos dos artigos 9.º e 16.º. Antes ainda de atentarmos nestes termos, impõe-se uma referência que antes nos ficou por fazer e que agora poderá ser pertinente. Ao fenómeno da codificação anda com frequência associada uma outra possível classificação das fontes de Direito, que distingue entre fontes imediatas e fontes mediatas do direito. Constituem ambas uma derivação da noção técnico-jurídica das fontes, sendo que com a primeira categoria se pretende referir aquelas fontes de Direito cuja força e autoridade jurídicas valem em si mesmas, não se fundando em qualquer outra fonte nem necessitando da mediação de qualquer outra fonte para se manifestar⁵³⁸. Por oposição a estas se caracterizam as fontes mediatas pelo facto de a sua força jurídica estar dependente de uma outra fonte, em que encontram fundamento ou através da qual se manifestam. Esta é uma classificação considerada por Cabral de Moncada como absolutamente inútil e irrelevante para a nossa ciência do Direito, herdeira da oitocentista, para a qual – partindo como parte de um conceito puramente formal de fonte -, só fará sentido falar em fontes imediatas. E a fonte imediata num sistema de Direito codificado é, por excelência, a lei. As outras serão ou não, como já vimos, em função das próprias determinações legais⁵³⁹.

E detemo-nos no Código de Seabra apenas o suficiente para dar conta de alguns aspectos mais relevantes para a nossa investigação. Sob o ponto de vista do quadro institucional das fontes de Direito, esta é, sem dúvida alguma, uma obra histórica. Nela se consagra a anunciada revolução no sistema de fontes jurídicas nacionais. Uma revolução que, se passa pela consagração do império da lei, passa igualmente pelo expresso abandono do tradicional entendimento do recurso ao direito subsidiário. E isto a vários níveis. À lei é atribuído o máximo protagonismo na configuração do ordenamento jurídico, sendo que o costume, em outras épocas talvez a fonte de produção jurídica mais substancial, passa a fazer parte, quando muito, do quadro das fontes indirectas ou mediatas. Isto se entende da redacção dada ao artigo 9.º, segundo o qual “Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta, ou com o do seu desuso”. No fundo, nada que não

⁵³⁸ Cfr. António KATCHI, *Dicionário da parte geral do código civil português*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 114-115.

⁵³⁹ Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *Lições de Direito civil*, Coimbra, Almedina, 1995, 4.ª ed., p. 84, nota 2.

estivesse já prescrito pela *Lei da Boa Razão*, em que o legislador pombalino tivera já oportunidade de cercear quase em absoluto o relevo dos costumes na constituição da juridicidade. Em relação ao regime por este consagrado, vêm-se agora a consolidar todas as restrições que já se anunciavam relativamente ao direito subsidiário. Assim, prescreve o artigo 16.º do Código Civil de 1867 que: “Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididos pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso”. Este artigo 16.º vem substituir o texto do art.12.º do projecto de 1858, que tinha a seguinte redacção: “Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos previstos em outras leis, regular-se-ão pelos princípios gerais da equidade, segundo as circunstâncias do caso e sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira, a não ser como em testemunho dessa mesma equidade”⁵⁴⁰. A redacção final do preceito e a sua comparação com aquela sua versão anterior deixa bem clara uma das maiores preocupações do legislador: a de afastar, definitivamente, da ordem jurídica portuguesa o recurso subsidiário a qualquer espécie de direito estrangeiro. Tudo se deveria agora passar no estrito âmbito do sistema jurídico nacional, abandonando-se uma prática tão ancestral entre nós como era a de recorrer a ordenamentos jurídicos positivos estranhos ao nosso⁵⁴¹. No seu comentário ao artigo em questão, José Dias Ferreira começa exactamente por dizer que o pensamento fundamental do artigo é condenar o apelo ao direito estrangeiro nos casos omissos da nossa legislação. Um apelo que era ainda admitido naquela primeira redacção, enquanto testemunho da equidade, que se arvorava em dimensão fundamental do direito subsidiário. Na redacção definitiva do preceito este recurso a qualquer norma

⁵⁴⁰ Cfr. Nuno Espinosa Gomes da SILVA, *História do direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, 3.ª ed., pp. 435-436.

⁵⁴¹ Com a expressão direito subsidiário passa assim a referir-se a existência de um complexo de princípios e de critérios, de crenças e convicções, a que subsidiariamente se poderá recorrer quando o texto da lei não previr expressamente um determinado caso. A que fica definitivamente arredada é a hipótese de aplicar subsidiariamente um direito positivo estranho ao nosso. Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *op.cit.*, pp. 171-172, nota 1.

estrangeira é então afastado, ao mesmo tempo que a equidade é substituída pelos princípios de direito natural⁵⁴².

Na falta de lei aplicável a determinada situação, seja ela aplicável em função do seu texto ou do seu espírito⁵⁴³, deverá o julgador procurar resolver o caso através do recurso à analogia, ou seja, através da disciplina estabelecida positivamente para uma situação semelhante⁵⁴⁴. Ou seja, a questão deverá ser resolvida no seio da lógica interna do próprio sistema. Através da analogia da lei ou da analogia do próprio Direito⁵⁴⁵. Quando não puder dispor de nenhum destes instrumentos, deverá o julgador lançar mão dos princípios de direito natural para alcançar uma resposta para o caso omissis. Ora, esta disposição, sobretudo nesta remissão que faz aos princípios de direito natural em caso de lacunas⁵⁴⁶, mostra-se, no mínimo, problemática. Não é à toa que Cabral de Moncada acusa o artigo 16.º de ser o mais transcendente e filosófico artigo de todo o Código de Seabra⁵⁴⁷.

Não é possível haver uma interpretação unívoca, incontroversa, da expressão referente aos princípios de direito natural. Uma expressão em que claramente se confrontam as doutrinas jusnaturalistas e juspositivistas que ao tempo se digladiavam⁵⁴⁸.

⁵⁴² Em relação a esta substituição, veja-se a perspicaz observação de Dias Ferreira, segundo a qual, “em qualquer dos casos ficamos, como não podia deixar de ser, dependentes do arbítrio dos juizes”. Cfr. José Dias FERREIRA, *Código Civil Portuguez anotado*, vol. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1870, pp. 36-37.

⁵⁴³ Noções que não são, também elas, tão claras como se quis fazer crer. Cfr., v.g., Vittorio FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, 1995, trad. esp. Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel, 1995.

⁵⁴⁴ Existe analogia sempre que a razão substancial ou intrínseca de decidir seja a mesma no caso omissis e num caso previsto em fonte de direito vigente. Cfr. Mário Júlio de Almeida COSTA, *op.cit.*, p. 446; J. Baptista MACHADO, *op.cit.*, p. 202; António KATCHI, *op.cit.*, pp. 12-13; José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. Coimbra, Almedina, 1995, 9.ª ed., pp. 440 e ss..

⁵⁴⁵ Sobre a distinção entre analogia *legis* e analogia *iuris*, ver Manuel SALGUERO, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 167 e ss.. Na analogia, enquanto mecanismo a mobilizar na ausência de lei aplicável, “recorre-se, inequivocamente, à lógica interna do sistema”. Quem o afirma é Reis Marques, que constata que, nestas situações, “os vazios da lei seriam reabsorvidos pela expansão do ordenamento”. Cfr. Mário Reis MARQUES, *O Liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal* p. 219.

⁵⁴⁶ Lacunas que aqui diríamos técnicas, relativas a situações involuntariamente não contempladas numa determinada legislação positiva.

⁵⁴⁷ Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *op.cit.*, p. 165.

⁵⁴⁸ Cfr. Mário Júlio de Almeida COSTA, *op.cit.*, p. 446.

O próprio António Luís de Seabra virá a reconhecer como idênticas a expressão que mandava recorrer à equidade, no (seu) Projecto de 1858, e aquela que vem a vingar na versão definitiva do Código e que remetia para os princípios de direito natural⁵⁴⁹. Ele que, por equidade, entendia precisamente “os princípios de direito natural, ou da boa razão”, a que se referia a Lei pombalina da Boa Razão e os também pombalinos Estatutos da Universidade. Mas as críticas a esta noção, por demasiado imprecisa, vieram de várias direcções. O próprio Vicente Ferrer de Neto Paiva, nas suas *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte I do Projecto do Código Civil Português do Sr. António Luís de Seabra* afirma, relativamente à equidade, que “são tantas as noções dela quantas são as cabeças”⁵⁵⁰. Ora, criadas as condições para a alteração⁵⁵¹, a redacção definitiva do artigo acaba por converter aquela equidade nos princípios de direito natural, abolindo a janela que se abria aos direitos positivos de outras nações. Transformações que, mais do que responder a razões como as da soberania nacional, ou da soberania da razão pública, ou outros eufemismos que tais, visava verdadeiramente afastar as inconstâncias de uma policromática jurisprudência permitidas pela complexidade e falta de sistematicidade do conjunto das fontes de Direito vigentes⁵⁵².

A verdade é que, mau grado as contendas doutrinárias e ideológicas que caracterizaram o período que viu nascer o Código, e mau grado a força e determinação daquelas que se viriam a impor, observa com perspicácia Reis Marques que as concepções que consideravam o direito natural como um meio de integração do direito

⁵⁴⁹ Cfr. Mário Reis MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, p. 225.

⁵⁵⁰ Cfr. Vicente Ferrer de Neto PAIVA, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte I do Projecto do Código Civil Português do Sr. António Luís de Seabra*, 1859, apud Mário Reis MARQUES, *O Liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, p. 220.

⁵⁵¹ Que veio a acontecer por proposta de Levy Maria Jordão.

⁵⁵² “Referimo-nos ao livre alvedrio dos jurisconsultos proporcionado, em grande medida, pelo complexo sistema de justaposição das fontes. O substrato tradicional das leis régias, mal seguro pelo rasgo da interpretação dos tratadistas, ao abrir um vasto campo ao direito romano, quando de acordo com a boa razão, e ao direito dos códigos estrangeiros, provoca uma compreensível *inconstantia jurisprudentis* com reflexos óbvios na certeza do direito (...) Ora, foi este estado de coisas que o artigo 16.º visou sufocar. A substituição da equidade por uma fórmula – o direito natural – que para os intervenientes da comissão revisora é mais consensual, ou menos equívoca, e a supressão da referência aos «códigos estrangeiros» têm mais a ver com esta realidade do que com certos eufemismos então invocados – «a soberania da razão pública», etc.” Cfr. Mário Reis MARQUES, *op.cit.*, pp. 224-225.

positivo têm ainda prestígio suficiente no panorama do Direito português para se imporem no momento em que o Código Civil é elaborado⁵⁵³. Só que, naturalmente, a partir daqui, diferentes cabeças atribuirão à expressão os sentidos que mais convierem às suas convicções. Talvez inicialmente, dado o jusnaturalismo confesso não só de Seabra mas também de numerosos elementos da comissão revisora do Código, a referência devesse entender-se no sentido de um conjunto de princípios metafísicos, imutáveis, com realidade para lá de qualquer direito positivo⁵⁵⁴. Mas rapidamente as críticas que se haviam dirigido à equidade se deslocam de modo a tomar como objecto os princípios de direito natural, que se vêem acusados de imprecisão, indeterminação e indeterminabilidade. “Entendendo cada um por direito natural um conjunto de ideias, crenças, e preconceitos condicionados pela sua formação espiritual e educação, há sempre o perigo de se cair no arbítrio que o próprio artigo 16º previu e quis evitar”. Quem o afirma é Cabral de Moncada, que constata também que, mesmo depois de trabalhado no sentido de uma maior generalidade, historicidade e positividade, o conceito de direito natural continua longe de corresponder à precisão exigida por um critério seguro capaz de integrar as lacunas da lei de um determinado ordenamento⁵⁵⁵.

O próprio Dias Ferreira, que viria a ser um dos principais intérpretes e comentadores do texto do Código, viria a confessar que falar em direito natural é “não dizer nada”⁵⁵⁶. A não ser que por princípios de direito natural se entendam os princípios gerais do direito, identificados estes, por sua vez, com os princípios gerais do ordenamento jurídico positivo, legislado. Para a concepção jurídica que nesta altura se começa a destacar, para vir a dominar a partir das últimas décadas do século XIX – o juspositivismo -, os princípios de direito natural, equiparados aos princípios gerais do Direito, identificam-se com “princípios e dogmas latentes no espírito de uma legislação positiva que, embora nem sempre formulados, constituem a base e o pressuposto lógico de todas as suas disposições e institutos. Tais princípios, incrustados no âmago de todas as legislações, formam um todo orgânico de ideias que se ajudam, se pressupõem e se

⁵⁵³ Cfr. *idem*, *História do direito português medieval e moderno*, p. 220.

⁵⁵⁴ “Princípios que emanam da relação necessária entre os fins e os meios de existência de cada um, ou da própria «natureza humana»”. Cfr. *idem*, *O Liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, p. 221.

⁵⁵⁵ Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *op.cit.*, p. 171.

⁵⁵⁶ Cfr. José Dias FERREIRA, *Analyse critica do projecto do código civil portuguez*, in JJ, 2.º ano, 24 de Agosto de 1866, p. 370, *apud* Mário Reis MARQUES, *op.cit.*, p. 223.

completam nas suas relações recíprocas, ligadas por um fio de lógica necessidade, susceptível de se deixar desenrolar numa série de confrontos e deduções rigorosas”⁵⁵⁷. E com estes, efectivamente, passam a ser identificados os princípios de direito natural constantes do artigo 16.º do Código Civil⁵⁵⁸. Ou seja, tudo se passa no interior do ordenamento positivo nacional, que se assume assim como um estrutura altamente elástica, capaz de, desde que devidamente manipulada, providenciar resposta para qualquer situação nela aparentemente não contemplada à partida. Como antes referíamos, a crença no dogma da plenitude lógica e sistemática do ordenamento torna as lacunas rigorosamente aparentes⁵⁵⁹. A intenção, sempre presente, sempre latente, é a de a todo o custo estrangular à nascença qualquer veleidade criativa, subjectiva ou pessoal, por parte do intérprete/julgador. Este recurso às directivas do direito positivo para o preenchimento das lacunas constitui, como nos mostra mais uma vez Mário Reis Marques, uma metodologia de defesa da ordem instituída. Ou da ordem que se pretende instituir⁵⁶⁰.

Apesar desta interpretação da remissão aos princípios de direito natural feita pelo artigo 16.º estar de acordo com a ideologia dominante, a verdade é, no entanto, a de que a versão que veio a prevalecer não foi esta. Por influência provável do Código suíço de 1907, a referência aos “princípios de direito natural” empregue no artigo 16.º, passa a dada altura a ser entendida como uma delegação de competências no julgador para este decidir o caso de acordo com uma norma por ele criada, como se fosse o legislador; uma norma que vá ao encontro daquela que o julgador presuma pudesse ter sido a adoptada pelo próprio legislador, se este tivesse podido prever aquela situação. Não se

⁵⁵⁷ Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *op.cit.*, p. 169.

⁵⁵⁸ Também Chaves e Castro, em 1871, vem a defender esta posição. Cfr. Manuel de Oliveira Chaves e CASTRO, *Estudo sobre o artigo XVI do código civil portuguez e especialmente sobre o direito subsidiário civil portuguez*, Coimbra, 1871, pp. 18 e ss..

⁵⁵⁹ Para esta concepção, “os referidos princípios gerais estão sempre contidos no corpo do sistema, como as nervuras nas folhas das plantas. Se não estão claramente formuladas na letra de uma lei, podem descobrir-se no seu espírito; se ainda aí não se apreendem, inferem-se das disposições sobre casos análogos; e se não há analogia de outra lei, há a analogia do direito, etc.” E se assim é, e se o sistema é tido como uma perfeita unidade lógica, Cabral de Moncada pronuncia-se pela fundamental identidade entre o processo dialéctico que no seio deste sistema o intérprete realiza quando recorre aos princípios gerais do Direito, e aquele que adopta quando o processo é de pura e simples analogia. Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *op.cit.*, pp. 164 e 169-170.

⁵⁶⁰ Cfr. Mário Reis MARQUES, *O Liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, p. 226.

trata de deixar a solução na dependência do livre critério do julgador. A sua decisão surgirá da ponderação do próprio espírito da legislação em vigor, dos critérios pela mesma adoptados, e das soluções já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência nacionais. Todos esses elementos orientarão as decisões de casos omissos, levadas a cabo com recurso subsidiário aos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso, nos termos do artigo 16.º do Código de Seabra.

A favor desta solução, desta interpretação, se pronuncia Cabral de Moncada, em termos bastante sugestivos. Entende o civilista, historiador e filósofo do direito, que o livre critério do julgador, vinculado por todos aqueles elementos, poderá constituir o melhor, o menos inseguro dos critérios aptos a preencher as verdadeiras lacunas da lei. Até porque nesta tarefa de integração das lacunas a partir do recurso aos princípios de direito natural não podem os juízes prescindir da consideração quer dos princípios gerais do direito, quer daqueles ideais éticos e princípios de direito natural que fazem parte do inconsciente colectivo, que constituem o “subsolo cultural da ordem jurídica positiva”. “E se, não obstante tudo isso, puder haver ainda margem para um certo subjectivismo, então há que reconhecer ser um tal perigo inevitável, como inerente a tudo o que é pensamento humano. Estaremos aí, então, no limite da objectividade possível. Mas teremos feito tudo para a manter e respeitar”⁵⁶¹.

4. Do artigo 16.º do Código de Seabra ao edifício das fontes de direito no Código de 1966

a) Consagração legal do império da lei

Ora, esta terceira leitura acabou por reunir em seu torno bastante consenso, pelo que não admira que tenha vindo a ser directamente consagrada nas soluções propostas pelo novo texto que em 1966 viria a substituir o Código de Seabra. Assim, o artigo 10.º do Código Civil actualmente em vigor prescreve que: “1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos; 2. Há analogia sempre que no caso omissos procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na

⁵⁶¹ Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *op.cit.*, p. 173.

lei; 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”⁵⁶². Este o caminho que o julgador deverá percorrer para proceder à integração das lacunas da lei, e que não se afasta substancialmente das políticas que perante as mesmas situações vinham sendo adoptadas ao abrigo da anterior legislação. Mas se as soluções, em si mesmas consideradas, não são demasiado diferentes das consagradas pelo Código de 1867, o mesmo não se poderá dizer do enquadramento sistemático em que são vertidas. Distingue-se agora, institucional e prescritivamente, entre processos de integração e de interpretação, consagrando o texto civil regras concretas quanto a cada uma das actividades/funções. A acrescer, o legislador de 66 entendeu por bem debruçar-se ainda sobre a matéria das fontes, matéria inevitavelmente comprometida com as duas anteriores, vertendo a determinação da mesma nos quatro primeiros artigos do Código. Questões complexas e controversas sobre as quais o texto anterior não se pronunciava senão na medida e nos termos do seu artigo 16.º. Questões que assumem agora, perante o tratamento que a própria legislação lhes dá, uma estranha aparência de autonomia, de independência entre si, que acabará por nos distrair da sua essencial inerência. Supõe-se

⁵⁶² Este número 3, como nos diz Antunes Varela na respectiva *Exposição de Motivos*, corresponde ao “célebre critério formulado no código suíço, que entrega a resolução do problema à cogitação do próprio intérprete ou à actividade integradora do julgador. Não remete, no entanto, para os juízos de equidade, para a justiça do caso concreto, compelindo antes o julgador a criar previamente uma norma geral e abstracta, na estrutura da qual a realidade concreta se despirá das suas roupagens acessórias e a disciplina da situação se libertará dos sentimentos e das paixões que tantas vezes perturbam o bom julgamento dos casos individuais. (...) Também é líquido que o código não remete o intérprete para os princípios contidos no sistema. Uma coisa é legislar dentro do espírito do sistema, sem violar por conseguinte os postulados fundamentais da ordem jurídica estabelecida, e outra bastante diferente é legislar segundo os princípios exarados nesse sistema. Na prática, a diferença está na possibilidade de o jurista, ao integrar as lacunas da lei, criar novos princípios, traçar à legislação e à jurisprudência rumos até então desconhecidos, desde que não ofenda o espírito do direito vigente. Isto significa que o código não refere quais sejam as regras em que deve basear-se o preenchimento das lacunas, nem sequer apontando para os princípios do direito natural, como fazia o código de 67, de harmonia com a concepção jusracionalista da época. A explicação do facto reside ainda no mesmo espírito de prudência legislativa que dominou toda a disciplina destas matérias. Sem prejuízo de ter assumido em outros pontos uma posição de acentuada reacção contra o positivismo legal, a lei quis deixar neste capítulo da criação do direito o campo suficientemente aberto a todos os progressos da jurisprudência e a todas as conquistas da doutrina”. Cfr. Antunes VARELA, “Do Projecto ao Código Civil”, *BMJ*, 161, 1966, pp. 28-29.

que as regras da interpretação – consagradas no artigo 9.º - se façam aplicar ao direito positivo – determinado pelos artigos 1.º a 4.º . Na ausência ou insuficiência deste recorreremos a regras sobre a integração do mesmo – vertidas no artigo 10.º - que acabam por nos re-dirigir para estratos menos imediatos e menos óbvios do mesmo sistema de direito positivo. Quem regulamenta todos estes processos? Essa figura mítica de sábia onipotência que é o legislador. Que hoje se identifica incontestavelmente, já o vimos, com o Estado.

E esse legislador diz-nos então, no artigo primeiro desse texto também ele mítico que é o Código Civil, que são fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas. Dizia-nos ainda, no entretanto revogado artigo 2.º, que “nos casos declarados na lei”, podiam os tribunais fixar doutrina com força obrigatória geral. Eram os chamados assentos. Acrescentava ainda, nos artigos 3.º e 4.º, que também aos usos e à equidade era reconhecido valor jurídico, desde que mediatizado pela lei. Ou seja, quando a lei assim o determinasse, quando a disposição legal o permitisse ou nos casos declarados na lei, o legislador muito eufemisticamente temperava o império da lei com o reconhecimento do valor jurídico, meramente mediato e indirecto, daquelas fontes. Meramente mediato e indirecto, até porque se diz expressamente que, nos casos não previstos na lei, entra em jogo o artigo 10.º.

Ora, perante a assunção praticamente generalizada da actual crise em que mergulha a lei, o que pensar do quadro de fontes que nestes moldes é traçado pela nossa legislação civil? Por outro lado, que autonomia, que propriedade, se pode ainda reconhecer a um Direito cujas fontes são as que assim autoritariamente um legislador estadual determina?

Dissemos antes que em causa não estava propriamente a localização do tratamento que é dado a estas questões, nem, porventura, os termos deste tratamento. Estes são, com efeito, aspectos secundários. Em primeiro lugar, estará a própria legitimidade e competência do legislador para dispor sobre matéria desta natureza. Ainda assim, a propósito das críticas que vários autores têm dirigido àquela localização, críticas negativas e positivas, algo podemos aprender sobre a natureza da mesma matéria. Desde logo, sobre o seu carácter intrinsecamente constitucional. As disposições legais “pretensamente”⁵⁶³ reguladoras do sistema de fontes vigentes no nosso ordenamento

⁵⁶³ Numa extremamente sugestiva e minimalista apresentação do problema, Fernando Bronze propõe-se tomar posição sobre o problema normativo destas disposições legais “pretensamente reguladoras das recorrentes – e habitualmente cindidas – questões da interpretação jurídica e da integração de lacunas”,

jurídico, sua interpretação e sua integração, podem ter assento no Código Civil, mas, para além de poderem ser qualificadas de direito geral, têm uma natureza substancialmente constitucional. Não são de direito público nem de direito privado, antes tendo aplicação em ambos os domínios⁵⁶⁴. Podem não ter o estatuto formal de leis constitucionais, mas “não deixam de ter a mesma função de demarcar ou concorrer para demarcar os grandes parâmetros do sistema jurídico, independentemente da variedade das matérias e da integração delas em ramos específicos do Direito”⁵⁶⁵. Em sentido material, observa Prieto Sanchís, a constituição é aquela norma que regula a criação de normas, a chamada *norma normarum*; que regula, entenda-se, a própria matéria das fontes de Direito, e com isso a organização do poder. Paulo Cunha atribui a localização no texto do Código Civil de algumas destas matérias, de natureza materialmente constitucional, a uma invencível tradição legislativa. Uma tradição que não deixa de ser determinada por necessidades reais e permanentes de técnica jurídica, mas que obedece, sem dúvida alguma, a fortes motivações históricas. Se a lei se apresenta, na concepção jurídica do estado liberal europeu, como a suprema fonte de direito, no seio do conjunto das leis o Código Civil surge como o herdeiro do direito comum⁵⁶⁶. Isto justifica que as

dedicando ainda umas “brevíssimas palavras às, com ele conexas, *vexatae quaestiones* do sistema jurídico, das fontes do direito e da concorrência de normas no tempo”. Cfr. Fernando José BRONZE, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II. A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 79.

⁵⁶⁴ Uma universalidade que é particularmente sublinhada por Freitas do Amaral, que lamenta o desprezo a que foram e são votados os publicistas quando se trata de entender e aplicar estes preceitos. Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, “Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil”, *Themis*, I.1, 2000, p. 10. Em sentidos muito diferentes, este texto e o referido na anterior nota, da autoria de Fernando José Bronze, marcaram indelevelmente a concepção e o desenvolvimento do presente trabalho.

⁵⁶⁵ “Num Código Civil, por tradição invencível, determinada aliás por necessidades reais e permanentes da técnica jurídica, encontram-se sempre algumas dessas normas que têm substância constitucional”. Entende Paulo Cunha que, a par dos ramos de direito doutrinamente consagrados, há normas jurídicas que não fazem parte de nenhum, antes devendo ser qualificadas como sendo de direito geral. Enumerando algumas, aponta as da hermenêutica, as da definição do direito subsidiário, as da aplicação das leis no tempo e no espaço. Acrescentaríamos nós os preceitos relativos às fontes, pressupostos, verdade se diga, pela matéria de direito subsidiário. Cfr. Paulo CUNHA, “Do Código Civil (Meditações sobre a lei mais importante do País)”, *O Direito*, anos 106.º-119.º, 1974/1987, reproduzido de *O Direito*, ano 98 (1966), pp. 313 e ss., e ano 99 (1967), pp. 8 e ss..

⁵⁶⁶ Também Freitas do Amaral se refere a estas como questões de direito comum. Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *op.cit.*, p. 10.

normas do título preliminar do Código Civil não regulem propriamente matérias civis, mas antes questões que são comuns a todo o ordenamento jurídico⁵⁶⁷. Não andaré Fernando José Bronze muito longe destas razões quando, referindo-se à ingerência legislativa nos domínios metodológicos da interpretação e da integração jurídicas, e à inclusão dos resultantes preceitos naquele mesmo diploma, mostra como, desde o movimento codificatório – marcado pelo ideário moderno-iluminista –, o código civil é compreendido como *o código*, por antonomásia⁵⁶⁸.

Mas, como já deixámos bastante claro, não é propriamente a localização que se questiona⁵⁶⁹. Teria o legislador de 66 tido que se pronunciar sobre estas questões? Dada a natureza destes preceitos, que valor têm? Que relevo? Tudo indica que a matéria constante do I Capítulo, ou seja, os quatro primeiros artigos que traçam o quadro das fontes de Direito, tenha sido incluída no texto do Código à última hora, e por influência do Código italiano de 1945⁵⁷⁰. Ou seja, não corresponderia propriamente a um

⁵⁶⁷ Referindo-se ao Título Preliminar do Código Civil espanhol, também Prieto Sanchís sublinha o facto de este não regular propriamente matérias civis, mas antes matérias comuns a todo o ordenamento. A regulação das fontes de direito é, no seu entender, uma questão materialmente constitucional, independentemente de existir ou não uma constituição formal. Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, pp. 177 e ss..

⁵⁶⁸ Não deixa o autor de apontar como excepção paradigmática o próprio BGB que, na linha da Escola Histórica da qual foi – nas palavras de Fernando José Bronze – filho bastardo, acolheu a importância que Savigny atribuía à ciência do direito. A esta seriam cometidas aquelas tarefas. Cfr. Fernando José BRONZE, *op.cit.*, p. 83.

⁵⁶⁹ Na *Apostilha Crítica* que José Hermano Saraiva escreve aos capítulos I e II do Projecto de Código Civil, entende o jurista / historiador que a formulação dos mesmos acusa a intenção original de os fazer pertencer a uma lei geral, separada do Código. Vicissitudes várias terão convertido estas disposições em parte integrante do mesmo, o que poderá esclarecer muitas das objecções suscitadas pelo teor das mesmas. Intenções à parte, entende o autor que “a enumeração das fontes gerais do direito e a formulação dos princípios basilares do ordenamento jurídico global não podem situar-se dentro de nenhum dos campos definidos pela linha da *summa divisio*: nem no direito público nem no direito privado, porque se trata de matérias comuns a ambos os domínios. A sua sede própria só poderia portanto ser a lei fundamental, isto é, a Constituição Política”. Cfr. José Hermano SARAIVA, *Apostilha crítica ao projecto de Código Civil (capítulos I e II)*, Lisboa, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1966, pp. 27-28.

⁵⁷⁰ Cfr. Manuel de ANDRADE, “Fontes de direito, vigência, interpretação e aplicação da lei”, in *BMJ*, n. 102, 1961, p. 146. Na exposição de motivos que traça para o projecto de Código, Manuel de Andrade é taxativo: “As disposições a que se refere a presente exposição constituem um simples esboço, destinado a ser ulteriormente precisado, corrigido e complementado. Esta declaração liminar visa de um modo especial as disposições do Capítulo I, porque só à última hora, sob a influência do Código italiano, se

imperativo do legislador. A necessidade de afirmar a supremacia da lei, a sua indefectibilidade enquanto fonte de Direito, é o reverso da medalha que constitui a necessidade de cercear o poder e a legitimidade do costume, da doutrina e da jurisprudência enquanto fontes. Qual o meio mais poderoso de que dispõe o legislador para obter os seus propósitos? A própria lei, claro. E os vícios de conteúdo desta tornam-se de imediato inevitáveis quando esta entra num processo de auto-definição e de auto-delimitação. Embora estas críticas de conteúdo não deixem também de ser secundárias – em causa está um problema de raiz –, há que reconhecer a pertinência, o acerto, de muitas das críticas substantivas que são habitualmente dirigidas aos quatro artigos em questão. O próprio mentor da Parte Geral do Código, concretamente dos dois primeiros capítulos do Título I, Manuel de Andrade, afirma a natureza sumaríssima da indicação oferecida pelo artigo 1.º sobre as fontes de Direito. Escreve-o logo no início da exposição de motivos de que faz acompanhar o Projecto, ao mesmo tempo que reconhece que “a indicação minuciosa daquelas fontes não tem o seu lugar num Código Civil”. Mas qual é então o relevo do artigo primeiro do nosso Código Civil?

Analisando a alteração formal que a versão definitiva do artigo primeiro significou em relação à versão inicial, observa Hermano Saraiva que houve alguma maleabilização nos termos da redacção. Sem que tivesse havido alterações substanciais, optou-se, no entanto, por uma fórmula menos rígida, o que no entender do autor pode reflectir uma certa tomada de consciência por parte do legislador no sentido de que “em caso algum se pode fazer a afirmação de que as fontes de direito (e visto que não se distingue, terá que se entender que de todo o direito, tanto público como privado) são apenas as leis e as normas corporativas. O erro doutrinal de uma tal afirmação seria tão evidente que não se pode presumir que o legislador tenha querido incorrer nele.” A questão mantém-se, pois. Qual o sentido deste preceito? E qual o seu valor? Ter-se-á pretendido, como suspeitam alguns autores, unicamente afirmar, pela negativa, o corte radical com o costume enquanto fonte de Direito? Era controvérsia que vinha de tempos anteriores, quando na constância do Código de Seabra, face à remissão que era feita por várias disposições deste diploma, se discutia a natureza do costume enquanto fonte de Direito. A opção que se vem a fazer pela exclusão do costume enquanto fonte de Direito estará de acordo, no entender de Manuel de Andrade, com a concepção reinante em

resolveu inseri-las no Projecto. (...) Elucidar-se-á, por último, que a fonte do artigo 1.º, III, foi o artigo 7.º das Disposições preliminares do novo Código italiano”.

Portugal e nos países latinos, não havendo motivo racional para pôr de parte essa tendência⁵⁷¹. Mas fará sentido recusar ao costume um estatuto que parcialmente, pelo menos, se reconhece aos seus parentes pobres que são os usos? E não seria já bastante evidente na altura em que se elaborou o texto do Código que recusar o estatuto de fonte jurídica ao costume era irreal? Razões diferentes fazem valorar o costume enquanto fonte de direito. Uma fonte que, por definição, se desenvolve à margem do legalmente prescrito⁵⁷². O actual panorama jurídico-político trouxe um enquadramento internacional muito diferente à nossa ordem jurídica: o costume afirma-se hoje como uma fonte de Direito primordial, não apenas mas sobretudo no campo do direito internacional. Talvez na altura em que foi elaborado o Código a situação internacional não constituísse motivação suficiente para que o legislador tivesse consciência daquela importância. Mas bastaria porventura ter-se detido um pouco no relevo que essa fonte de juridicidade assumia nos nossos espaços jurídicos ultramarinos. E hoje, sem dúvida alguma, “não é aceitável, pelo menos de um ponto de vista não estatizante e não monista, mas pluralista e democrático – que se ignore o costume e a jurisprudência como fontes primárias do Direito. Também nisto estamos a ficar sozinhos no contexto europeu: mesmo nos países onde vigora o sistema romano-germânico, já hoje poucos duvidam da realidade do costume e da jurisprudência como fontes de Direito, estando no essencial ultrapassado o período histórico do monopólio (ou da tentativa de monopólio) da lei no quadro das fontes primárias ou imediatas do Direito”⁵⁷³.

Confessamos o nosso desconforto quando se trata de apontar o dedo à concreta disciplina jurídica que nas disposições em questão foi consagrada pelo nosso legislador. Não é isso, penso que se vai tornando claro, o que nos move. Não é o detalhe legislativo. Mas também não nos parece correcto passar por cima de algumas críticas que, desde a sua publicação, o Código tem sofrido no que toca às matérias constantes destes normativos. Para além dos já aflorados, censura-se a cedência do legislador ao

⁵⁷¹ Cfr. *ibidem*, pp. 148-149.

⁵⁷² O próprio Enneccerus reconhece que “à lei lhe falta o poder de excluir com segurança a formação de direito consuetudinário, pois aquilo que avança como vontade jurídica geralmente manifestada, é direito ainda que contradiga uma proibição. Também a história mostrou a ineficácia de semelhantes proibições e se a proibição se levasse a sério a actividade de formação do direito pelos tribunais estaria coarctada em termos intoleráveis”. Cfr. Ludwig ENNECCERUS, *Tratado de derecho civil (Parte general)*, vol. I, 13.^a revisión por Hans Carl Nipperdey, trad. esp. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1953, p. 157.

⁵⁷³ Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *op.cit.*, p. 11-12.

vício definitório, porventura ainda herdado das necessidades oitocentistas, e que o faz, desde logo, tropeçar nas instruções lavradas pela Comissão de juristas encarregada da preparação do Projecto. Assentam estes, logo de início, que se faça um uso moderado das definições ao longo do Código, para evitar que este se pareça a um texto didáctico. Sempre que se tratasse de conceitos cujo significado se devesse considerar do conhecimento corrente dos juristas, a sua definição deveria ser evitada. Ora, o Código abre com definições de conceitos tão controversos como o de lei ou, mais adiante, de analogia. E em ambas as definições claudica, abrindo as portas à dúvida e à incerteza⁵⁷⁴.

A referência às normas corporativas, única fonte a que é reconhecida, aos olhos do legislador, a dignidade de figurar ao lado da lei, com o mesmo estatuto de fonte imediata de Direito, é no mínimo insólita. Se já o era na altura, hoje, então, ela é realmente estranha. Não é fácil explicar a alunos de primeiro ano de uma licenciatura em Direito a presença régia daquelas normas corporativas no artigo primeiro do Código Civil. “São normas corporativas as regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas ou profissionais, no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos”. As normas corporativas a que assim se refere o legislador de 1966 só fazem sentido no contexto político da organização corporativa do Estado Novo; são as regras emanadas pelos diferentes organismos corporativos submetidos a um regime estatal que foi abolido em 1974. Paulo Ferreira da Cunha propõe que esta expressão se faça substituir por uma outra que esclareça o seu sentido útil, que poderá ser o de identificar como fontes de direito as normas das pessoas colectivas ou das pessoas morais e entidades não estaduais, “sem cujo reconhecimento nenhuma universidade pode ter estatutos e nenhum clube pode cobrar cotas”⁵⁷⁵. Mas talvez Freitas do Amaral não deixe de ter razão quando acusa esta de ser uma forma enviesada de salvar as normas corporativas do artigo 1.º. Não eram essas normas de direito infra-estadual, privado, que o legislador tinha em mente, não era a essas que se estava a referir⁵⁷⁶. De uma forma ou de outra, o que, mais uma vez, nos parece, é que esta é mais uma tentativa de aparentar pluralismo num pano de fundo que se afigura preferencialmente monolítico. Como observa Hermano Saraiva, as normas corporativas constituem um direito secundário, que só vale

⁵⁷⁴ Cfr. José Hermano Saraiva, *op.cit.*, pp. 38 e ss..

⁵⁷⁵ Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Memória, método e direito. Iniciação à metodologia jurídica*, p. 88.

⁵⁷⁶ Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *op.cit.*, p. 13.

na medida da abertura que a lei lhe permite. “Toda a competência criadora de direito na ordem corporativa aparece assim numa relação de dependência em relação à Lei, através da qual se exprime a vontade do Estado”⁵⁷⁷.

b) Sobre os usos e a equidade

O mesmo se poderá dizer do estatuto conferido aos usos e à equidade, respectivamente pelos artigos 3.º e 4.º do Código Civil. Em ambos os casos as remissões são expressas: artigo 3.º/1 – Os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis *quando a lei o determine*; artigo 4.º - Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) *quando haja disposição legal que o permita*.

Mas se o império da lei é tão inequivocamente oferecido no artigo primeiro, qual a necessidade de inserir numa obra tão fundamental artigos que nada acrescentam ao que já vai dito? Os usos só poderão ser atendidos e a equidade só se poderá ver invocada sempre e tão-só quando a lei previamente o prescrever. Ou seja, a fonte de que jorra o Direito é mais uma vez a lei, o que torna particularmente redundante a redacção dos preceitos em questão.

Numa análise um pouco mais substancial, e a acrescer ao que sobre o tema já tivemos oportunidade de dizer, não podemos deixar de reincidir na estranheza que nos causa o facto de se fazer referência aos usos enquanto fonte de Direito – ainda que mediata – e de se afastar pura e simplesmente dessa categoria o costume. Não sendo demasiado lineares as notas diferenciadoras apontadas a estas duas grandezas – a diferença será, porventura, mais de grau do que de natureza –, é habitual retirar aos usos um dos aspectos que caracterizam os costumes enquanto fonte (doutrinal) de Direito: a convicção da obrigatoriedade com que se pratica reiteradamente uma determinada conduta. É aquilo a que se costuma chamar o elemento psicológico do costume propriamente dito. Não é, de todo, fácil, perante uma tal caracterização, perceber as razões que poderão ter levado o legislador a contemplar os usos e não o costume enquanto fonte – ainda que mediata – de Direito. A preferência é, no mínimo, insólita.

E quanto à equidade, não podemos também deixar de sentir alguma estranheza perante o texto legislativo. Não propriamente em relação aos termos em que é

⁵⁷⁷ Implícita vai, naturalmente, a crítica à consagração legal de uma distinção tão controversa como a de

contemplado o recurso a esta “fonte”, mas sobretudo ao simples facto da sua consagração⁵⁷⁸. A equidade a que se refere o artigo 4.º/a) diz respeito a uma ideia de realização da justiça abstracta no caso concreto, o que, em regra, envolve uma atenuação do rigor da norma legal, por virtude da apreciação subjectiva da consciência do julgador⁵⁷⁹. Um conceito que, nesta sua acepção enquanto justiça concretizada num caso *sub iudice*, através da mediação do julgador, remonta à filosofia aristotélica, que a seu propósito afirmava que “o equitativo e o justo são uma mesma coisa; e sendo bons, ambos, a única diferença que há entre eles é que o equitativo é melhor ainda. A dificuldade está em que o equitativo, sendo o justo, não é o justo legal, o justo segundo a lei, mas uma feliz rectificação da justiça rigorosamente legal”⁵⁸⁰. É, pois, como se a vocação desta equidade fosse precisamente a de actuar para lá dos limites da lei. Talvez por existir com anterioridade à mesma. A isso mesmo se parece querer referir Limongi França quando afirma ser a equidade um princípio semelhante ao da justiça, que por isso mesmo se pode considerar como fonte geradora de Direito, e nunca sua fonte formal⁵⁸¹.

fontes imediatas e fontes mediatas. Cfr. José Hermano SARAIVA, *op.cit.*, pp. 29 e ss; 44.

⁵⁷⁸ Pronunciando-se claramente pela inutilidade da consagração legislativa dos dispositivos atinentes à matéria das fontes, escreveu Hermano Saraiva que “a inclusão do artigo 4.º, do mesmo modo que a dos artigos 2.º e 3.º, só se tornou necessária em virtude da definição de fontes contida no artigo 1.º. A estrutura e o carácter aparentemente *clausus* da enumeração levaram à inclusão no texto legal de três retoques, que se referem aos assentos, aos usos e à equidade; a autonomia atribuída no articulado a cada um destes três pontos resulta possivelmente do facto de se ter querido consagrar um capítulo às fontes do Direito; esse capítulo não teria matéria suficiente se não se dedicassem referências, sem comando próprio, a normas contidas em outras leis”. Cfr. José Hermano SARAIVA, *op.cit.*, pp. 55-56.

⁵⁷⁹ Cfr. António KATCHI, *op.cit.*, pp. 89-91.

⁵⁸⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, trad. esp. Patricio Azcárate, Madrid, Colección Austral, 1999, 11.ª ed., p. 235.

⁵⁸¹ Cfr. Limongi França, *op.cit.*, p. 70. No mesmo sentido se pronuncia Guibourg quando, ao distinguir fontes formais de fontes materiais do Direito, identifica estas últimas com um conjunto de ideias, valores ou princípios, com “nomes mais específicos, ainda que não muito precisos: *ética, justiça, equidade, segurança, necessidade, interesse*”. Ou ainda, quando defende que “a *equidade*, tão amplamente definida como a justiça do caso particular, como vinculada ao adágio *summum ius, summa iniuria*, não parece outra coisa senão a parte das preferências *éticas* (isto é, as migalhas da justiça) que, sem encontrar expressão em *normas* reconhecíveis ou formalmente enunciadas, integram o substrato da *consciência social* e conduzem, por vezes, a soluções mais matizadas do que as derivadas dos princípios simples”. Cfr. Ricardo GUIBOURG, *op.cit.*, pp. 179 e 194. Já Oliveira Ascensão, rejeitando à equidade a qualificação de fonte de Direito, apresenta para tal uma justificação no mínimo curiosa. A equidade

Sendo o Direito essa *ars boni et aequi* de que nos falava Ulpianus, a equidade não pode senão ser considerada um princípio verdadeiramente constituinte, estruturante, da própria realidade jurídica⁵⁸². Princípio e valor que constantemente se fará convocar, nas mais diversas ocasiões e momentos da vida jurídica e judiciária⁵⁸³.

constituiria para o autor um critério formal de decisão de casos singulares, pelo que o seu estudo pela teoria das fontes de Direito – limitada ao estudo dos modos de formação e revelação de critérios de decisão - configuraria uma impureza metodológica. “... no capítulo das fontes, não se estudam por si critérios de decisão, mas os modos de formação e revelação de critérios (materiais) de decisão. Seria uma impureza metodológica estudar simultaneamente os modos de formação e revelação dos critérios materiais de decisão e os próprios critérios formais de decisão”. Para além da estranheza em considerar a equidade como um critério formal da decisão do caso concreto (critérios materiais de decisão parecem ser para o autor os elementos daquele a que dá o nome de direito estrito – que serão, porventura, as regras de direito positivo...), Oliveira Ascensão afirma ainda a possibilidade de fazer caber o estudo desta noção no seio das fontes de Direito, pela revisão do próprio conceito, de modo a fazê-lo abranger “tudo o que revele o direito aplicável aos casos – portanto, todo e qualquer critério de decisão... Mas semelhante revisão”, conclui o autor, “não seria praticamente justificada. A teoria das fontes aborda tradicionalmente árduos problemas ligados à génese e revelação de regras jurídicas. Só serviria para confundir mais ainda um tema já tão complexo fazê-lo abranger também meros critérios de decisão, como a equidade”. Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *op.cit.*, pp. 240-242. Mas o que são meros critérios de decisão? E, acrescentemos, desconhecíamos que a teoria das fontes tivesse uma vocação simplificadora. Estamos em plena sintonia com Pérez Luño quando, nas considerações finais do seu discurso perante a Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, intitulado *El Desbordamiento de las fuentes del Derecho*, conclui: “Intuem os juristas, e encarregou-se de o tornar explícito Alberto Predieri, que «toda a história do direito pode ser analisada desde a óptica da luta entre as fontes de direito, consideradas como projecção das unidades institucionais (Governo, Câmaras, etc.), nas quais e por trás das quais actuam forças políticas, classes, grupos hegemónicos e como organização das funções fundamentais de tais unidades». Por isso, dificilmente existe algum aspecto do ordenamento jurídico que não incida ou não se veja afectado pelo sistema de fontes”. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, p. 99.

⁵⁸² Identificando a Justiça como o princípio dos princípios, e constatando a impossibilidade desta existir sem equidade, também Paulo Ferreira da Cunha sugere a tautologia inerente à referência feita pelo legislador à equidade, enquanto fonte de Direito. “Toda a Justiça é, por natureza, équa. Só um direito estritamente legal(ista) necessita dessa válvula de segurança”. É curioso observar que o autor tem vindo, ao longo dos últimos anos, a mostrar-se mais tolerante para com o predomínio da lei. Porque os nossos são tempos em que “a formação das pessoas claudica”, e porque há que reconhecer que “em tempos de esmagamento da lei pelos poderes fácticos, o positivismo legalista é ainda a grande medicina”. Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Direito Constitucional anotado*, Lisboa, Quid Juris?, 2008, pp. 293, 302-303.

⁵⁸³ Isto ainda que, como observa Esser, na estrutura normativa das codificações não haja lugar para um princípio material de equidade, que se possa encarnar em normas de equidade. “No sistema codificado, a

Se choça a inconsideração do nosso legislador relativamente ao valor dos princípios enquanto fundamento e substrato da ordem jurídica, não deixa de ser desconfortável a inclusão da equidade como fonte mediata de Direito. Essa misteriosa companheira da justiça, no impressionante dizer de Oliveira Ascensão⁵⁸⁴, vê cerceado o seu relevo a uma expressa autorização do legislador. Se o equitativo actua como um correctivo da justiça legal, que relevo, que valor, terá quando coarctado pelas determinações legislativas?

Rejeitando à equidade o estatuto de fonte autónoma de criação do Direito e manifestando-se pela ilegitimidade do recurso à equidade para resolver casos expressos sem explícita autorização legal, Marcelo Rebelo de Sousa argumenta com o facto de a procura da concreta solução justa não dever fazer perigar a certeza e a segurança do Direito⁵⁸⁵. O argumento compreende-se, talvez, no contexto da lógica inerente ao domínio do paradigma jurídico que nos tem vindo a suscitar reservas⁵⁸⁶. Mas como pode a procura de uma solução justa e equitativa fazer perigar a segurança e certeza do Direito? De que Direito estamos a falar? A que simulacro o estamos a reconduzir? Como podem as injustiças de uns proporcionar segurança e certeza a alguém?

Ao elencar as várias funções que cabem à equidade no moderno direito de matriz portuguesa, Bigotte Chorão refere uma fundamental função interpretativo-individualizadora, que se traduzirá na consideração da equidade enquanto critério hermenêutico, ao qual se poderá recorrer independentemente de qualquer permissão legal⁵⁸⁷. Nesta função pressentimos nós uma absorção das restantes, e um papel verdadeiramente determinante da equidade enquanto fonte de Direito. Fonte material,

equidade não é um princípio em virtude do qual se possa decidir *ex aequo et bono*, mas apenas um conceito geral para todos os elementos notativos”. Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, 196.

⁵⁸⁴ Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *op.cit.*, p. 240.

⁵⁸⁵ Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA/ Sofia GALVÃO, *op.cit.*, p. 179-180.

⁵⁸⁶ Sobre as noções de paradigma jurídico dominante, tradicional, e sua renovação, cfr. Alejandro NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, *max.* cap. I. Sobre a sugestiva fecundidade desta concreta obra do jurista espanhol, cfr. *infra*, pp. 334 e ss..

⁵⁸⁷ As restantes, sem vocação totalizadora, como assinala o próprio autor, passam por uma função dulcificadora, uma função resolutória ou decisória, uma função flexibilizadora, uma função integradora e uma função correctiva. Cfr. Mário Bigotte CHORÃO, *Introdução ao direito. Vol. I. O conceito de direito*, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 101-104.

que não formal, de um Direito que se entende como realidade poliédrica, fruto de uma constituenda e pluri-dimensional experiência concretizadora⁵⁸⁸.

c) Sobre os assentos

Determinava o artigo 2.º do Código Civil que os tribunais podiam, nos casos declarados na lei, fixar doutrina com força obrigatória geral, através dos assentos. Estes constituiriam acórdãos proferidos pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça com o objectivo de esclarecer o sentido e alcance de normas duvidosas, isto é, com o objectivo de fixar uma de várias interpretações possíveis e judicialmente já assumidas de uma norma. O intuito era o de fixar jurisprudência. Isto sempre que tivessem sido proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça dois acórdãos contraditórios sobre uma mesma questão fundamental de Direito, no domínio da mesma legislação. A estes acórdãos emanados pelo Pleno seria reconhecida força obrigatória geral, e daí a prescrição do artigo 2.º, que se interpretava no sentido da atribuição aos assentos do estatuto de verdadeira fonte de Direito⁵⁸⁹. E dizemos que se interpretava, porque a referida disposição veio a ser revogada pelo D.L n.º 329 – A/95, de 12 de Dezembro, diploma que instituiu o novo Código de Processo Civil, depois de o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96 de 7 de Dezembro de 1996 ter declarado a sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, na parte em que atribuía aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral (atente-se na estranheza de um Tribunal – ainda que seja o Constitucional – declarar a

⁵⁸⁸ Não se pretende postergar com esta orientação os valores da segurança ou da certeza do Direito. Valores que são pilares indiscutíveis de um modelo a cuja lenta derrocada temos vindo a assistir nas últimas décadas. Uma derrocada que se manifesta no próprio plano da tão eminente crise da lei. E na ascensão de uma diferente concepção de Direito. Não se nega a importância daqueles valores, como tem que se reconhecer a eminente necessidade de convocar muitos outros elementos na aplicação e interpretação do Direito. Daí que possamos considerar a pertinência da teoria tópica no Direito, recuperada no século XX por Theodor Viehweg, e que nos permite, a este propósito, encarar os vários elementos em análise como verdadeiros tópicos a ter em consideração aquando da construção e aplicação do Direito. Cfr. Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1963, trad.esp. Luiz Díez-Picazo, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986.

⁵⁸⁹ Cfr. António Castanheira NEVES, “Assento”, in *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, pp. 417-429.

inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral...).

O argumento de vulto era o da violação do artigo 115.º/5 da Constituição da República Portuguesa (actual artigo 112.º/6), cuja doutrina representa um corolário do princípio da separação de poderes estabelecido no art. 114.º (actual artigo 111.º), e que “inibe os tribunais de se imiscuírem no campo do legislativo e vice-versa”⁵⁹⁰. A emanção de normas jurídicas dotadas de eficácia geral é, num Estado de Direito que consagra a separação e independência de poderes, da exclusiva competência do poder legislativo e dos órgãos a quem incumbe o seu exercício. Pelo que, como se lê no acórdão em questão, “sendo função dos assentos interpretar ou integrar autenticamente as leis, a norma que lhes atribui força obrigatória geral não pode deixar de incorrer em colisão com o artigo 115.º/5 da Constituição”.

Aqui estamos, mais uma vez, perante um aspecto em que inevitavelmente a crítica tecida sobre os detalhes se prende com a crítica de fundo, e dela depende. O que está aqui em causa? Esta parece ser a única ocasião, no nosso ordenamento jurídico, em que o legislador confere à actividade jurisdicional o estatuto de fonte de direito⁵⁹¹, ainda que mediata e indirecta. Mas a matéria que mais uma vez parece ter que ser questionada é a própria concepção de fontes. Ou, indo ainda mais fundo, é a própria concepção jurídica que se professa. Será o Direito uma mera amálgama mais ou menos sistematizada de preceitos forçosamente gerais e abstractos, dotados de força obrigatória geral, emanados pelas autoridades a quem compete o exercício das funções legislativas? Esse parece continuar a ser, para muitos, o cenário. E perante esse, efectivamente, os assentos não podem senão ser considerados uma verdadeira intromissão do poder judicial no exercício de funções que não são as suas.

Por aí passam também algumas das mais profundas e sensibilizadoras críticas com que, ao longo das últimas décadas, Castanheira Neves se tem empenhado em banir da nossa ordem jurídica o instituto jurídico em apreço. Não por identificar o Direito com aquela amálgama legislativa, muito antes pelo contrário, mas antes por reconhecer na actividade jurisdicional a criação de uma muito específica parcela do Direito. Uma

⁵⁹⁰ Cfr. Ac. n.º 810/93 do Tribunal Constitucional, publicado e comentado em *POLIS*, n.º 1 – Outubro/Dezembro 1994, pp. 115-169.

⁵⁹¹ Estatuto que sempre terá, independentemente daquilo que o legislador entender e consagrar. Isto porque se adopta uma perspectiva de acordo com a qual ao legislador não pode nem deve competir pronunciar-se sobre as fontes do Direito.

parcela que se não confunde nem pode confundir – sob pena de se subverter – com a correspondente à criação materialmente legislativa de Direito, com que por seu turno identifica os assentos⁵⁹². Embora partilhando muitas das ideias sobre as quais tece a sua argumentação, permitimo-nos não estar de acordo com a posição que, em última análise, o douto professor assume relativamente ao instituto em apreço.

Reconhecendo aos assentos – enquanto preceitos que formal e normativamente se autonomizaram da decisão do recurso de que partiram, para impor em termos gerais e abstractos o sentido jurídico com que tenha sido solucionada a divergência jurisdicional⁵⁹³ – uma natureza verdadeiramente legislativa e não meramente jurisdicional, encara o eminente jurista este instituto como perturbador e de difícil compreensão⁵⁹⁴. Uma dificuldade de compreensão que é suscitada, no seu entender, pelo que o seu regime tem de aberrante no contexto de um sistema jurídico como o nosso, que se propõe integrar/reflectir o modelo correspondente ao Estado de Direito. Precisamente porque de um tal sistema seria de esperar que respeitasse os princípios fundamentais mais caros àquele modelo. No seu entender, prescrevendo os assentos normas jurídicas legislativas (que se constituem *ex novo*, visando o futuro) e não jurisprudência (enquanto consagração de soluções que vêm do passado e persistem⁵⁹⁵), forçoso é concluir pela lesão do princípio da separação dos poderes⁵⁹⁶. Neles se consagra a insólita atribuição a um tribunal – a um órgão a que compete o exercício da função judicial – do poder de prescrever critérios jurídicos universalmente obrigatórios, mediante preceitos gerais e abstractos, com vista a uma aplicação genérica no futuro.

Ainda que aparentemente tecidas na linha desta argumentação, parecem-nos mais explicitamente perturbadoras as críticas tecidas por Fernando José Bronze, para quem os assentos representam a opção de um legislador positivista para combater o anátema da

⁵⁹² Cfr., António Castanheira NEVES, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1983.

⁵⁹³ Cfr. *idem.*, “Assento”, in *Polis*, *op.cit.*, p. 417.

⁵⁹⁴ Cfr. *idem.*, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, pp. 14 e 22.

⁵⁹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 11. Não deixa o autor de reconhecer, noutro lado, não ser este critério, da novidade, bastante para distinguir legislação de jurisdição, face, sobretudo, à concepção “juridicamente criadora no quadro intencional da vinculação normativa” da jurisprudência e à “criação de sentido exclusivamente jurídico” por parte da legislação. Cfr. António Castanheira NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 99-101.

⁵⁹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 14.

disparidade de jurisprudência. Disparidade que, como observa o autor, iria minar os alicerces axiológicos fundamentais daquele mesmo positivismo jurídico: a certeza do Direito, a segurança e a igualdade perante a lei (alicerces que, acrescentamos nós, não deixam de ser postulados também eles do próprio modelo de Estado de Direito que se quer ver lesado com o instituto em questão...)⁵⁹⁷. Com o objectivo de assegurar, institucionalmente, a realização da objectividade; com o intuito, condenável – por implicar um erro de perspectiva – de uniformizar a jurisprudência, não se hesitou em confiar ao Supremo Tribunal de Justiça verdadeiros poderes legislativos, numa ignominiosa cedência perante o imperante normativismo / positivismo de feição oitocentista. Aquele que não tolera que casos normativamente semelhantes possam vir a ter diferentes soluções. Para que isso não sucedesse, promoveu-se o exercício de uma função legislativa por parte de um poder constitucionalmente não legislativo, o que pressupõe e manifestamente exprime uma concepção do Direito já hoje superada – uma concepção do Direito puramente legalista e normativístico-abstracta, que não compreenderia a função normativamente constitutiva da jurisprudência, chamada a uma concreta e histórico-evolutiva realização do Direito.

A sensação com que ficamos é a de que se condenam os assentos por estes servirem valores e princípios fundamentais de um tradicional modelo de ordem jurídica, associado a uma tradicional concepção de Estado de Direito, a um tradicional entendimento do princípio da separação de poderes, a uma tradicional compreensão de ideais como os da certeza, segurança ou igualdade jurídicas. Todos em clara superação, hoje. Mas não deixa de ser em nome destas mesmas realidades que se lhes vem a apontar o dedo...

Antes de continuarmos, talvez seja devida uma justificação. Já referimos, e aí tornaremos, que os assentos foram eliminados do nosso ordenamento jurídico com o D.L. n.º 329 – A/95, o que tornaria algo anacrónica/obsoleta toda a discussão que em seu torno se tecesse, excedendo o estritamente necessário. Além de que parece difícil a tarefa de acrescentar algo à questão depois de Castanheira Neves sobre ela se ter debruçado, com a sua habitual minúcia e profundidade. Os estudos que realizou constituíram, aliás, grande parte do substrato doutrinal de que se alimentou aquela eliminação⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Cfr. Fernando José BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, p. 644.

⁵⁹⁸ Veja-se o sentido de humor do douto mestre quando, no final do comentário que expende ao acórdão 810/93, apresenta uma última conclusão, “esta pessoal: levantámos um problema e demos o nosso

Mas a verdade é que não nos conseguimos arredar, de todo, do problema. Talvez porque continue, mau grado todo o debate, a ser um problema. O valor, relevo e significado deste estranho instituto continua a ser para nós motivo, sobretudo, de desconcerto. De alguma forma pressentimos nos seus fundamentos e implicações uma peça importante a esclarecer no conspecto deste nosso estudo. Pelo modo como contende com o problema fundamental das fontes do Direito e com o papel que actualmente à actividade interpretativa tem que ser reconhecido no entendimento daquelas. No entendimento, nomeadamente, da actividade jurisdicional enquanto actividade normativamente constitutiva.

Foi revogado, é certo. Mas enquanto esteve em vigor, o instituto dos assentos foi alvo de inúmeras controvérsias, que acompanharam a sua revogação. E muitas têm sido as vozes que, desde então, reclamam o seu regresso, ainda que com diferentes vestes. Pelo que talvez um pouco mais de insistência nos seja de perdoar, embora estejamos, naturalmente, quase obrigados a prescindir de um largo conjunto de referências históricas e doutrinárias.

Afirmando a importância do Direito como instância de protecção e de promoção da própria cultura de um povo – numa atitude com a qual não poderíamos estar mais de acordo –, Meneses Cordeiro sublinha o interesse dos assentos enquanto parte integrante dessa cultura⁵⁹⁹. O instituto remonta, com efeito, ao séc. XVI, altura em que, por alvará de 10 de Dezembro de 1518, D. Manuel I entendeu por bem delegar no tribunal supremo do reino (a Casa da Suplicação) a competência exclusiva que até aí lhe estava reservada de proceder à interpretação autêntica das leis. Esta delegação de poderes veio posteriormente a ser ampliada e transcrita para as Ordenações Manuelinas, publicadas em 1521, com o seguinte teor: “E assi Auemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d’alguã feito, todos, ou alguã delles teuerem algũa duuida em algũa Nossa Ordenaçã do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mesa

contributo para o esclarecer, mas agora, definitivamente, basta de assentos – sejam eles sacrossantos, sejam eles uma heresia, sejam eles uma «bandeira» no *pálio* de Siena... para nós, *caso julgado!*” Cfr. António Castanheira NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos*, *op.cit.*, p. 124.

⁵⁹⁹ António Meneses CORDEIRO, “Anotação” ao acórdão do Pleno do STJ, de 31 de Janeiro de 1996, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 56, 1996, p. 311.

forem isso mesmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, pêra a Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, pêra Nós nisso Prouermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenaçõs, ou derem sentenças em alguũ feito, tendo alguũ delles duuida no entendimento da dita Ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspensos atee Nossa Mercê. E a determinaçam que sobre o entendimento da dita Ordenaçam se tomar, mandará o Regedor escreuer no liurinho pêra despois nom viir em duuida”⁶⁰⁰.

Confirmados pelas Ordenações Filipinas de 1603, os assentos da Casa da Suplicação vêem a sua autoridade e natureza legal reconhecida pela *Lei da Boa Razão*. Os tempos eram outros, naturalmente. Tempos em que a lei não tinha o significado que hoje tem (ou vai deixando de ter ...) e em que não se falava em separação de poderes. Pelo que, participando de outro universo jurídico – a expressão é referida por Castanheira Neves para justificar quão ilusório seria “estabelecer confrontos (ou ver antecedentes e influências) entre institutos que no seu desenho mais aparente podem oferecer afinidades, sobretudo se insulados no contexto em que adquirem sentido, mas que logo se mostram diversos, se não mesmo incomensuráveis, quando exactamente compreendidos na mediação desse seu contexto integrante que lhes confere a verdadeira natureza e alcance”⁶⁰¹ –, não causava estranheza a consagração de tais dispositivos. Curiosamente, não deixa de ser o mesmo autor a sublinhar que os actuais assentos (tal como foram abolidos em 1995?) e os da Casa da Suplicação não terão em comum apenas a designação, havendo entre eles uma “inegável analogia, abstraída que seja a diversidade dos sistemas e processos em que uns e outros se inserem – a homologia não é, pois, só nominativa, é ainda teleológico-institucional”⁶⁰².

Da sua instituição, em 1580, ao regime que vem a ser afastado em 1995, o funcionamento dos assentos vai sofrendo modificações, num esforço de adequação às necessidades jurídico-políticas de cada particular contexto histórico. Parece-nos esclarecedora e útil a síntese traçada pelo próprio acórdão n.º 830/93 do Tribunal Constitucional (reproduzida no próprio Ac. n. 743/96), que, para comodidade de quem nos lê, aqui se reproduz:

- a) Os assentos da Casa da Suplicação constituíam interpretação autêntica das leis e tinham força legislativa;

⁶⁰⁰ Cfr., v.g. Guilherme Braga da CRUZ, *op.cit.*, pp. 283 e ss..

⁶⁰¹ Cfr. António Castanheira NEVES, *O instituto dos assentos*, pp. 8-10

⁶⁰² Cfr. *ibidem*, p. 626.

b) Desde a sua instituição em 1832, até à entrada em vigor do Decreto n.º 12 353, de 22 de Setembro de 1926, o Supremo Tribunal de Justiça não dispunha de competência para proferir assentos, mas tão somente para uniformizar a jurisprudência, através da interpretação e aplicação da lei nos casos concretos que lhe eram submetidos;

c) O artigo 66.º deste último diploma instituiu um recurso inominado de uniformização de jurisprudência para o pleno do Supremo Tribunal de Justiça;

d) A jurisprudência estabelecida por estes acórdãos era obrigatória para os tribunais inferiores e para o Supremo Tribunal de Justiça enquanto não fosse alterada por outro acórdão da mesma proveniência;

e) Apesar de o Decreto n.º 12 353 não atribuir, explícita ou implicitamente, a estes acórdãos a designação de assentos, o Supremo Tribunal de Justiça assim passou a chamá-los a partir de Dezembro de 1927;

f) O Código de Processo Civil de 1939 consagrou a denominação de assentos para os acórdãos proferidos pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça, mantendo no mais o regime do Decreto n.º 12 353;

g) O Código de Processo Civil de 1961 eliminou a faculdade de alteração dos assentos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça;

h) O artigo 2.º do Código Civil de 1967 veio atribuir à doutrina fixada pelos assentos força obrigatória geral;

i) O Decreto-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967, na redacção dada ao artigo n.º 769.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, eliminou a referência que ali se fazia a respeito da eficácia dos assentos.

De 1832 a 1926, pois, viu-se o Supremo Tribunal de Justiça português sem suporte legal para poder proferir assentos, sendo a razão para tal evidente. Os ideais liberais estavam ao rubro e o princípio da separação dos poderes do Estado arvorava-se garantia intransponível dos direitos individuais e da certeza e segurança jurídicas. Em seu louvor deixa de aos tribunais ser reconhecida autoridade/legitimidade para proferir assentos, vistos como uma clara subversão do entendimento segundo o qual o “poder”

judicial se tem que limitar a reproduzir *a posteriori* as leis anteriormente emanadas pelo sacrossanto legislador.

Acontece que, durante esse período, que poderíamos chamar de vacante, se veio a verificar que “em lugar da desejável jurisprudência uniforme, existia uma jurisprudência variável, flutuante e incerta, alimentada pela tendência individualista da liberdade de opinião dos magistrados judiciais, pouco atreitos a uma apertada disciplina de colegialidade interpretativa das leis”⁶⁰³. Pelo que, a certa altura, e em nome da uniformidade e certeza jurisprudenciais, o instituto acaba por ser recuperado, apresentando diversas formulações desde então até aos nossos dias. E desde então até aos nossos dias, a razão que fundamentalmente o tem reclamado e alimentado é precisamente essa da uniformização da jurisprudência.

O modo como esta se tem vindo a entender, entretanto, parece estar na origem de forte controvérsia, fundamentando a oposição daqueles que vêem no instituto uma manifestação das mais lídimas aspirações juspositivistas. No entender de Castanheira Neves, do acervo de trabalhos preparatórios, exposições de motivos e comentários de autores, resulta claramente um sentido desta uniformidade enquanto projecção de uma estrita concepção lógico-legalista da lei e do Direito⁶⁰⁴. Tratar-se-ia de procurar uma uniformidade jurisprudencial enquanto factor decisivo da “certeza do Direito” e condição indispensável da “segurança jurídica”. Sendo que também o entendimento destas certeza e segurança se mostra (no contexto originário dos assentos) tributário de uma concepção lógico-formal da obtenção e realização do Direito: certeza e segurança formais, pensadas antinomicamente a uma intenção material de justiça, e só realizáveis através de uma juridicidade intencionada ao geral-abstracto, para a qual os critérios normativos tenderão a ser categorias lógicas a empregar em esquemas metodológicos analítico-dedutivos de aplicação do Direito⁶⁰⁵. A intenção de justiça ou acerto assim preterida postularia para Castanheira Neves “um terceiro termo com autonomia intencional, o acto concretamente constituinte: o critério prévio não pré-determina em absoluto a decisão ou solução concreta, pois nesta concorre com autonomia o contributo constitutivo do acto (e do agente) da decisão concreta, e terá que admitir toda a

⁶⁰³ Cfr Acórdão n.º 810/93, in *POLIS*, *op.cit.*, p. 120

⁶⁰⁴ Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, pp. 28 e 227.

⁶⁰⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 36-40.

variabilidade de concretização material que essa mediação implica. E é isto que o regime dos assentos pretende justamente eliminar”⁶⁰⁶.

O objectivo da uniformização da jurisprudência pretende vê-lo o insigne mestre substituído por outro a que dá o nome de unidade do Direito. Uma unidade normativo-material do Direito, por oposição a uma unidade formal-abstracta da lei. Uma unidade que se vê como objectivo a alcançar em vez de se assumir como dado pressuposto. Uma unidade que, nessa medida, contende claramente com o próprio objectivo – demonstrado inadequado - para o qual os assentos se propõem contribuir⁶⁰⁷.

Será possível que se esteja a ver mal a questão? Os assentos são censurados por constituírem uma clara violação do princípio constitucionalmente consagrado da separação de poderes, por dessa forma e nessa medida atentarem contra a própria ideia de Estado de Direito e contra as garantias supostamente asseguradas por este modelo a todo o cidadão. São censurados por constituírem “sinal de uma indisfarçável matriz positivista”, ao assumirem como fundamental propósito o de uma uniformização jurisprudencial ditada por razões de simetria formal entre decisões que poderíamos dizer radicadas numa “insustentável redução da constituenda normatividade jurídica vigente à político-voluntaristicamente inucleada constitucionalidade pré-objectivada”⁶⁰⁸.

Mas os próprios detractores do instituto reconhecem, desde logo, que o ideal pós-revolucionário da separação de poderes desempenha hoje funções muito diversas daquelas que lhe cumpria desempenhar no momento histórico em que originariamente se firmou, do mesmo modo que as garantias asseguradas pelo também pós-revolucionário Estado de Direito têm gradualmente vindo a ser repensadas e reformuladas. Reformulações muito capazes de vir a absorver a perfeita legitimidade do instituto em questão.

Já anteriormente tivemos oportunidade de referir a actual necessidade de re-contextualizar o desempenho do princípio da separação de poderes. No seio das próprias garantias proporcionadas pelo Estado de Direito, que passam por uma muito diferente

⁶⁰⁶ “(...) assim, poderá dizer-se que para a certeza, naquele sentido, a norma jurídica e quaisquer outros critérios normativos tenderão a ser uma categoria lógica, um conceito ou proposição-premissa – e ainda um certo tipo de esquema metodológico de aplicação do direito, pois tenderá este a esgotar-se numa estrutura analítico-dedutiva”. Cfr. *ibidem*, pp. 40 e 41.

⁶⁰⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 230 e ss..

⁶⁰⁸ Cfr. Fernando José BRONZE, *op.cit.*, pp. 648-649, nota 81.

concepção da função judicial. Reconhecendo embora a natural evolução sofrida pelo princípio em questão, e os diferentes sentidos que hoje há que lhe imputar, Castanheira Neves não deixa no entanto de o considerar uma referência imprescindível na realização de uma certa concepção do Estado e do Direito⁶⁰⁹. Sendo que o que agora o mesmo princípio visa proteger, numa completa inversão das intenções que o justificavam na primeira fase do Estado de Direito é, já não o “poder legislativo” das intromissões do “poder judicial”, mas a função judicial de inadmissíveis intervenções de outros poderes. E isto entendido não em moldes meramente subjectivos, mas sobretudo funcionais⁶¹⁰. A preservação da autonomia da função judicial passa pela dedicação exclusiva dos órgãos aos quais esta compete a tarefas que lhe são próprias, não se devendo aqueles deixar envolver em actividades diferentes daquelas que lhe são características. “Não é, pois, só cerceando os seus poderes ou intervindo directamente nela que a função judicial poderá ver afectada a sua verdadeira independência e autonomia, mas também desvirtuando-a funcionalmente, envolvendo-a em compromissos a que deve ser alheia na autonomia da sua intenção, chamando-a a actividades que não são suas, para que não está destinada e não pode desempenhar bem, e tudo isto com o conseqüente possível dano para a sua própria autoridade e prestígio. Numa palavra, desviando-a de realizar o Direito do único modo por que o pode fazer, já com adequação funcional e intencional já com verdadeira competência e autoridade – isto é, com autêntica independência”⁶¹¹.

Não deixa, é verdade, de constituir um reflexo possível do princípio da separação de poderes. Não se trata apenas, nem já sobretudo, de evitar intromissões do poder judicial no exercício do poder legislativo, mas de evitar interferências do poder legislativo no exercício pelo poder judicial das respectivas funções. Mas tratar-se-á efectivamente de uma intromissão desta natureza? Isto é, terão os assentos uma tão declarada natureza legislativa? E se, sem se conceder tal natureza, houver um tal paralelismo, será isso tão inadmissível perante o actual entendimento do princípio da separação de poderes? E das funções da magistratura enquanto entidade em activa colaboração com o legislador?

Castanheira Neves salvaguarda a questão subjectiva. Os assentos não configuram propriamente uma interferência do “poder legislativo” no “poder judicial”. Mas sempre haveriam de constituir o exercício de funções caracteristicamente legislativas por parte

⁶⁰⁹ Cfr. António Castanheira Neves, *op.cit.*, pp. 14-15.

⁶¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 15-16.

⁶¹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 16-17.

de órgãos que, para manterem a sua autoridade e a sua legitimidade – e o seu valor no equilíbrio geral da arquitectura do cosmos jurídico – deveriam restringir-se ao exercício das funções que lhe são próprias⁶¹².

Ainda antes de entrarmos aqui em detalhes, atentemos ainda numa outra questão frequentemente levantada pelos detractores da doutrina dos assentos. Independentemente da posição sobre eles tomada quanto à sua natureza, sempre o seu conteúdo se vem a impor à actividade judicial de outros tribunais, podendo-se assim entender estar em perigo o princípio constitucionalmente consagrado da independência interpretativo-decisória dos juizes (artigo 206.º da Constituição)⁶¹³. “Sem dúvida que as «instruções» não provêm neste caso de fora do «poder judicial», como intervenções de um outro poder que aquele submeta, pois são emitidas pelo órgão judicial superior, mas nem por isso a função judicial deixa de ser permitida, ao converter-se assim numa função meramente administrativo-burocrática e executiva, onde justamente não há lugar a afirmar um princípio de independência e sim de dependência e obediência”⁶¹⁴. Poderá ser excesso de ousadia da nossa parte, mas sentimos alguma relutância em aceitar esta ideia. Como, de resto, algumas das que vão compreendidas nas restantes críticas. Não nos parece que, estando os tribunais de instância integrados numa estrutura institucionalmente hierarquizada, se possam escudar naquela autonomia e independência interpretativa para ignorar orientações jurisprudenciais determinadas pelos tribunais superiores⁶¹⁵. E não pressentimos aqui⁶¹⁶ qualquer violação daquele

⁶¹² Cfr. *ibidem*, p. 16.

⁶¹³ Diferente foi o entendimento do acórdão 810/93. Cfr. *op.cit.*, pp. 150-151.

⁶¹⁴ Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, p. 18.

⁶¹⁵ E os assentos poderão ser precisamente isso, ainda que vinculativos (inclusivamente na mesma medida da vinculação à lei, que o intérprete sempre interpreta criativamente...). Castanheira Neves não deixa de reparar que no nosso direito não se pode duvidar que “a função judicial compete constitucionalmente aos Tribunais tomados na sua pluralidade e, portanto, com a sua independência correlativa, e não a um todo institucionalmente integrado através do qual os diversos Tribunais fossem entendidos como meros participantes dependentes numa ordem ou corpo unitário e hierarquicamente organizado”. É nesse sentido que os Tribunais são órgãos de soberania, e só com este fundamento, diz o autor, tem sentido e se justifica o princípio da independência formalmente garantido no Estatuto Judiciário para os tribunais ordinários. Com o devido respeito, não entendemos o princípio da independência dos Tribunais neste sentido.

⁶¹⁶ Ainda que tecnicamente irrelevante do ponto de vista do Direito, estaremos muitos de acordo em afirmar que o relevo dos pressentimentos não deve ser desprezado pelos juristas.

princípio. Por duas fundamentais ordens de razões. Por um lado, estamos de acordo com Alberto dos Reis, precisamente quando observa que “se o juiz é obrigado a obedecer à lei, não se percebe em que é que fique diminuído o seu prestígio por ser obrigado a acatar um assento que se apresenta como a definição do sentido da lei, definição emanada do próprio poder a que o juiz pertence”⁶¹⁷. E o que nos leva a não discordar desta asserção acaba por absorver as nossas justificações frente às restantes críticas arroladas. Não estará o verdadeiro nó górdio desta questão na específica natureza da actividade jurisdicional, prático-hermenêutica, judicativo-decisória, normativamente constitutiva, obediente a uma permanente e profunda intenção de justiça normativa? Dizemos isto cientes de que esta natureza constitui uma parte relevante da argumentação, em sentido contrário, do Professor Castanheira Neves. Mas admitimos a hipótese, com todo o respeito, de esta natureza ser dotada de um tal dinamismo e ductilidade como para acolher no seu seio diversas modalidades de realização do Direito. Em função disto, talvez possamos até conceber que “sinal de uma indisfarçável matriz positivista” possa ser a declaração de inconstitucionalidade do instituto dos assentos, que reserva para o poder legislativo/político qualquer forma mais autoritária e mais genérica de constituição normativa. Reconhecendo os assentos como verdadeiras leis, em sentido material, Meneses Cordeiro não hesita em defender a sua constitucionalidade, “por radicarem num costume, com clara incidência constitucional (...); apenas um positivismo constitucional estrito poderia inviabilizar, radicalmente, os assentos, vedando o costume como fonte de Direito, dotado de positividade própria”⁶¹⁸.

Tudo dependerá, também, naturalmente, dos contornos com que efectivamente estivermos dispostos a acatar os assentos. Porque embora Castanheira Neves descarte a possibilidade de isso fazer diferença, continuamos a pensar que efectivamente a faz. Nomeadamente no que toca à revisibilidade pelo próprio pleno do Supremo.

Parece-nos igualmente uma leitura excessivamente presa a estes pressupostos positivistas e a um determinado contexto político-jurídico, a que se faz dos princípios da divisão de poderes e da independência interpretativa e decisória dos juízes e dos tribunais.

⁶¹⁷ Cfr. J. Alberto dos REIS, *Breve estudo sobre a reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, 2.^a ed., p. 673. Observação que Castanheira Neves não deixa de considerar inconcludente. Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, p. 18.

⁶¹⁸ Cfr. António Meneses CORDEIRO, “Anotação”, *op.cit.*, p. 309.

As críticas que têm vindo a ser apontadas têm como objecto o modelo de assentos revogado pelo Decreto-Lei n.º 329 – A/95. O mesmo modelo que foi objecto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo acórdão n.º 743/96 do Tribunal Constitucional. A partir da entrada em vigor do Decreto-Lei referido, e com propósitos tendencialmente semelhantes aos que presidiam à existência dos assentos, passou a existir no âmbito do direito processual civil um regime que se configura como “julgamento ampliado de revista”, e que está previsto nos artigos 732.º - A e 732.º - B do Código de Processo Civil instituído pelo diploma em questão. Um regime de acordo com o qual o recurso para o plenário do Supremo Tribunal de Justiça, motivado pela necessidade de assegurar a uniformidade da jurisprudência, pode ser interposto por qualquer das partes ou pelo Ministério Público. A doutrina do acórdão que vier a ser lavrado, no entanto, ao contrário do que sucedia com a doutrina dos anteriores assentos, não só não tem eficácia geral como não goza sequer de eficácia interna. Para além de poder vir a ser revogada pelo Supremo Tribunal de Justiça, e de não poder vincular qualquer tribunal ou entidade situada fora da ordem dos tribunais judiciais, a doutrina dele constante não é sequer vinculativa para os próprios tribunais integrados na hierarquia dos tribunais judiciais. Como se depreende da leitura do preâmbulo do diploma, a ideia é a de que só assim se assegura a constitucionalização do instituto dos assentos, garantindo “às próprias partes, em qualquer instância, a possibilidade de impugnam ou contraditarem a doutrina que nele fez vencimento”⁶¹⁹. Ou seja, garantiu-se a sua constitucionalização pela sua eliminação.

Diferente, e mais prudente, teria sido a via sugerida pelo célebre acórdão n.º 830/93, em que o Tribunal Constitucional se pronunciou pela preservação da figura dos assentos, embora sem a força obrigatória geral que parecia motivar grande parte das críticas. “Desde que o Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de recurso interposto pelas partes, disponha de competência para proceder à revisibilidade dos assentos (...), a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais

⁶¹⁹ Apesar do texto parecer claro, a interpretação de Marcelo Rebelo de SOUSA parece ir noutro sentido, afirmando que “os velhos assentos normativos foram substituídos por novos acórdãos, proferidos em sede de recurso de revista ampliada, cuja eficácia se circunscreve apenas aos tribunais inseridos na cadeia judiciária submetida ao Supremo Tribunal de Justiça. Com esta profunda reforma, estes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça deixaram de ter força obrigatória geral e, portanto, não são já actos jurisdicionais normativos em sentido próprio”. Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA / Sofia GALVÃO, *op.cit.*, p. 141.

integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da respectiva hierarquia, perderá o carácter normativo para se situar no plano de uma eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples «jurisprudência qualificada»”.

Ao decidir julgar inconstitucional a norma do artigo 2.º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º/n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional encontrou uma formulação que poderá não ter sido a mais feliz. Uma formulação que, originária do acórdão n.º 830/93, veio a ser reiterada pelo acórdão n.º 743/96, que procedeu à apreciação e declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade em questão. Votando vencida no primeiro destes acórdãos, entende Assunção Esteves ter o Tribunal Constitucional exorbitado das suas funções ao transformar a face do instituto dos assentos para o salvar da erradicação por inconstitucionalidade; ao prescrever um regime alternativo àquele que declara inconstitucional. Ao converter a força obrigatória geral atribuída aos assentos pelo artigo 2.º do Código Civil numa eficácia que se pretende meramente interna, com apoio num mecanismo de revisibilidade que não se determina nem pode determinar⁶²⁰, terá o Tribunal Constitucional incorrido na mesma falha que pretende estar a apreciar. Um acórdão como aquele que emitiu “constitui uma decisão programante própria da função legislativa. Já não está no domínio do sistema jurídico mas no círculo distinto do sistema político. Ensaçando uma certa possibilidade dos assentos, dilui ele mesmo a demarcação dos âmbitos de poder com que a Constituição, no artigo 115.º / ns.1 e 5 reservou a lei ao legislador”⁶²¹.

No mesmo sentido vão os comentários de Castanheira Neves, para quem o Tribunal Constitucional, não podendo impor qualquer alteração ao regime dos assentos para o compatibilizar quer com os objectivos visados, quer com a normatividade constitucional – por não participar de forma directa no poder legislativo, emite, afinal, ele próprio, uma decisão inconstitucional, na medida em que a decisão que toma

⁶²⁰ Di-lo Assunção Esteves e reitera-o Teixeira Lapa: o Tribunal desenha um novo modelo de assento, conforme à Constituição, dotado de revisibilidade, mas nada acrescenta quanto à tramitação desta revisibilidade. “Nem o poderia fazer”, avança Teixeira Lapa, “sob pena de invadir a esfera do poder legislativo, mais do que o fez já com o desenho de um instituto manifestamente inexistente na lei”. Cfr. Jorge Teixeira LAPA, “Anotação”, Acórdão 810/93, *op.cit.*, p. 168.

⁶²¹ Cfr, Assunção ESTEVES, “Declaração de voto”, Acórdão 810/93, *op.cit.*, p. 157.

ultrapassa as possibilidades interpretativas que um juízo de inconstitucionalidade pressuporia, impondo aos assentos, “em intenção de substituição”, um regime jurídico diferente do legalmente prescrito⁶²². Para além disso, entende o douto Mestre que o próprio regime modificado dos assentos que é apresentado pelo Tribunal Constitucional não está isento de um juízo de inconstitucionalidade. Coincide aqui o autor com Teixeira Lapa quando este, em comentário ao acórdão em questão, equipara a subordinação dos tribunais judiciais à jurisprudência qualificada do Supremo Tribunal de Justiça à força obrigatória geral do artigo 2.º do Código Civil. “Quando os tribunais, aplicadores últimos da lei, estão vinculados a uma dada interpretação de uma norma legal, os cidadãos têm a segurança da aplicação coerciva judicial, para essa interpretação e contra todas as restantes. Ora, a força da lei decorre da possibilidade de impor a sua aplicação coercivamente. Quando este novo assento conforme à Constituição dá coercitividade à sua interpretação de uma norma e a retira às restantes, está, efectivamente, a interpretar com força obrigatória geral”⁶²³. E, nessa medida, a inconstitucionalidade mantém-se. Por essa natureza e, acrescenta Castanheira Neves, pela decorrente violação do princípio constitucional da independência interpretativo-decisória dos tribunais de instância, que dessa forma igualmente se mantém⁶²⁴. Mais uma vez temos que nos interrogar se será necessariamente assim.

Ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 2.º do Código Civil na parte em que atribui aos assentos força obrigatória geral, sugere o Tribunal Constitucional que os assentos valham como durante tantos anos valeram: internamente e sujeitos à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça. Com esta aportação, não vem o Tribunal Constitucional emprender “em termos decisórios” uma tarefa de reconstrução de um regime jurídico legislativamente adoptado, ou invadir a liberdade de conformação do legislador. Como se lê no acórdão n.º 743/96, o Tribunal limitou-se a “apresentar subsídios jurisprudenciais como complemento da sua actividade decisória, fazendo-o enquanto órgão de criação do Direito, como necessariamente hão-de ser considerados

⁶²² Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, pp. 84-85.

⁶²³ Cfr. Teixeira LAPA, “Anotação”, Acórdão n.º 810/93, pp. 167-168.

⁶²⁴ Entende o autor que sempre se terá que ver os assentos, dotados de uma eficácia interna, como instruções ou directivas de estrita dependência hierárquica, e como tal incompatíveis com a função jurisdicional. Uma censura já constante do voto de vencida de Assunção Esteves. Cfr. António Castanheira NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos*, *op.cit.*, pp. 87-88.

todos os tribunais supremos”. Subsídios que nem sequer vêm a ser acolhidos no regime que vem a ser consagrado pelo Decreto-Lei n.º 329 – A/95.

O que aconteceria se o acórdão do Tribunal Constitucional se limitasse a declarar a inconstitucionalidade do artigo 2.º do Código Civil na parte em que atribui aos assentos força obrigatória geral? Quais as consequências? Eliminação do mecanismo de fixação da jurisprudência em si mesmo, *tout court*, ou apenas de uma sua particular formulação⁶²⁵? Como já tivemos oportunidade de referir, o acórdão não prima pela excessiva clareza. Polémicas à parte⁶²⁶, o facto é que o Decreto-Lei n.º 329 – A/95, quando se debruça sobre a questão, opta por, pura e simplesmente, eliminar do nosso ordenamento o instituto dos assentos. A preocupação com a uniformização da jurisprudência faz o legislador consagrar o regime, a que também já fizemos referência, do julgamento ampliado de revista.

Referindo-se a estas alterações, entende Fernando José Bronze que o legislador andou bem ao revogar o instituto dos assentos, mas menos bem ao insistir no objectivo de assegurar a uniformização da jurisprudência. Não propriamente no regime que estabeleceu em obediência a essa preocupação, com o qual se mostra concordante, mas com a designação empregue, que denotaria intenções e exigências pouco consentâneas com aquele que deveria ser o verdadeiro objectivo da actividade jurisdicional: a constituenda unidade do Direito⁶²⁷.

Sem pretendermos ingenuamente simplificar as coisas, já antes manifestámos algumas reservas quanto a uma tão absoluta contradição, atribuída a Castanheira Neves e acolhida por Fernando José Bronze, entre estes dois objectivos. Entendidos como o

⁶²⁵ Na sua declaração de voto, Assunção Esteves defende a incindibilidade dos segmentos em que a norma foi pelo acórdão dividida. A atribuição de eficácia jurídica geral aos assentos esgota o sentido do artigo 2.º. Mas o que significa isto? Que a eliminação do artigo não obsta à preservação do instituto em si? Ou que o instituto é essa força obrigatória geral? Quanto ao entendimento que propugna ter o acórdão procurado, indevidamente, substituir um determinado regime por outro anteriormente vigente, situação em que “estaríamos perante um caso de repriminção daquele anterior regime”, Castanheira Neves mostra com clareza não estarem aqui reunidos os pressupostos exigidos por uma tal repriminção, uma vez não ter sido o artigo 2.º do Código Civil a alterar o regime que constava do artigo 769.º do Código de Processo Civil. Cfr. *ibidem*, 78-79.

⁶²⁶ Sem, no entanto, perdermos de vista que “o excessivo pragmatismo quase sempre é mau conselheiro no universo jurídico, onde as coisas se passam e nunca deixam de (se) repercutir num contexto de valores e princípios”. Cfr. *ibidem*, p. 87.

⁶²⁷ Cfr. Fernando José BRONZE, *op.cit.*, p. 653.

fazem os autores, eles, podendo embora revestir diferentes intenções e diferentes orientações, não têm forçosamente que se opor⁶²⁸. E devem mesmo procurar compatibilizar-se, como, aliás, os próprios reconhecem. Pelo que, tanta animosidade em relação a esta aspiração de uniformizar a jurisprudência – de, na medida do possível, decidir de modo idêntico casos também eles idênticos - parece reflectir um entendimento excessivamente rígido relativamente à mesma (e talvez um receio adúlterante de podermos adoptar pautas que evoquem concepções juspositivistas), que, na verdade, não é ela própria mais do que isso. Uma aspiração⁶²⁹. Pela própria natureza das coisas. A mesma natureza que nos obriga a reconhecer que o princípio da separação dos poderes não mais se pode conceber como noutros tempos se concebeu, e que o mesmo tem que suceder com o entendimento relativo à independência interpretativo-decisória dos juízes. A mesma natureza que nos obriga a reconhecer no instituto dos assentos um instrumento metodológico ao serviço da prático-constitutiva realização do Direito. Um instrumento de natureza radicalmente hermenêutica, que assim se faz portador de toda a problematicidade, dinamismo e essencialidade que hoje caracterizam a actividade interpretativa⁶³⁰.

É nessa medida que, não só não nos choca a continuidade do instituto dos assentos, como nos parece um instituto bastante saudável para o efectivo bom funcionamento do nosso ordenamento jurídico e, mais concretamente, da nossa actividade judicial. Seja na formulação que o próprio Tribunal Constitucional admitiu – há que sublinhar que o próprio Tribunal Constitucional não rejeitou a vigência do instituto dos assentos, antes se tendo pronunciado pela inconstitucionalidade de uma

⁶²⁸ Com o intuito de esclarecer a diferença entre estas duas exigências, Bronze aponta a circunstância “de a primeira privilegiar a obtenção, como resultado, de uma mera simetria formal entre as decisões jurisdicionais, justificadamente aproximáveis, que se vão sucedendo, ao passo que a segunda atende à pressuposta questão da contínua reconstituição da complexa juridicidade vigente – que, em situações de estabilidade intencional e problemática do *corpus iuris*, se projecta, naturalmente (em consonância com o princípio da igualdade), na mencionada uniformização da jurisprudência, mas que, em enquadramentos intencional e problematicamente mais animados, pode ter que a preferir para que se não deixe de realizar o objectivo precípua da salvaguarda da (dinâmica!) «unidade do direito»”. Cfr. *ibidem*, p. 647, nota 78.

⁶²⁹ E uma aspiração saudável...

⁶³⁰ Se as próprias leis se podem entender como verdadeiros tópicos de decisão, que sempre terão que passar pelas irredutíveis malhas da mediação hermenêutico-concretizadora, o que significa o anátema da força obrigatória e geral dos assentos?

determinada versão do mesmo –, seja na formulação sobre a qual se debruçou o Tribunal Constitucional. Esta, aliás, é a formulação que tanto Galvão Telles como Freitas do Amaral gostariam de ver restaurada em obediência a uma coerente aplicação do Direito. Entende Galvão Telles, sendo os seus argumentos reiterados por Freitas do Amaral, que o modelo sugerido pelo Tribunal Constitucional não fazia sentido, ao conferir aos acórdãos emitidos pelo plenário do Supremo Tribunal de Justiça uma mera eficácia interna, que vinculasse apenas os tribunais a ele hierarquicamente subordinados. “A sua força vinculativa não se estenderia aos outros tribunais, nem a outras entidades, como os notários, nem aos cidadãos em geral. O notário que lavrasse testamento contrário a determinado assento fazia um testamento válido, mas os tribunais teriam que o declarar nulo em obediência ao assento; dois particulares que realizassem entre si um contrato oposto a um outro assento celebrariam um contrato válido, mas os tribunais teriam que o declarar nulo, também em obediência ao assento”⁶³¹. Contesta ainda o insigne Professor a convicção manifestada pelo legislador no sentido de ser a normal autoridade e força persuasiva das decisões do Supremo Tribunal de Justiça, obtidas em julgamento ampliado de revista, suficiente para assegurar satisfatoriamente a desejável unidade da jurisprudência. “Segundo se observa no relatório do Decreto Lei n.º 329 – A/95, o julgamento ampliado de revista já existia praticamente entre nós (Código de 1961, artigo 728.º/n.º2); e, no entanto, a experiência mostrou não ser suficiente para dispensar os assentos, que se revelaram sempre extremamente úteis, resolvendo com estabilidade, mas sem esclerosamento, questões que se arrastavam nos tribunais, e eram geradoras de incertezas e de dúvidas, sobre matérias importantes e intrincadas”⁶³².

⁶³¹ Cfr. Inocêncio Galvão TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 11.ª ed., p. 90; Diogo Freitas do AMARAL, *op.cit.*, p. 14.

⁶³² Cfr. Inocêncio Galvão TELLES, *op.cit.*, pp. 93-94, nota 34. Não descartaríamos por completo a hipótese de conjugar esta eficácia externa com o princípio da revisibilidade da doutrina constante do assento por parte do órgão emitente. Era, aliás, o modelo propugnado por Alberto dos Reis, em 1926. “A ideia que vingou foi a seguinte: perante um conflito de jurisprudência, gerado pela adopção de soluções opostas da mesma questão de Direito pelo Supremo Tribunal de Justiça, o litigante vencido no acórdão ainda não transitado em julgado, isto é, ainda não tornado definitivo, tinha o direito de interpor recurso para o próprio Supremo, mas agora reunido como tribunal pleno; a jurisprudência que por este fosse estabelecida ficava revestida, para o futuro, de força obrigatória geral, vinculando todos, inclusive o Supremo, enquanto não fosse modificada por outra, igualmente emitida em tribunal pleno. A circunstância de os acórdãos por este assim formulados (assentos) poderem vir a ser alterados por ele

No mesmo sentido se pronuncia Freitas do Amaral, para quem a um acórdão infeliz do Tribunal Constitucional se seguiu um Decreto-Lei mais infeliz que, para dar cumprimento ao anterior, se vem a mostrar mais papista do que o Papa, indo mais longe ainda do que havia ido o próprio Tribunal Constitucional. Para o autor é imperioso restaurar os assentos, de preferência com força obrigatória geral, nem que para tal seja necessário proceder a uma revisão constitucional. Porque “não há pior espectáculo que um tribunal supremo possa dar ao país do que o de sobre a mesma questão de direito proferir decisões contraditórias, e não ter por lei maneira de rapidamente eliminar as suas próprias contradições. Como podem os cidadãos e as empresas conhecer seguramente a lei e ter confiança na Justiça, se os tribunais supremos não interpretam a lei de modo uniforme?”⁶³³

Mais uma vez, temos que reconhecer que muito daquilo que entendemos sobre o instituto dos assentos, como sobre muitas outras questões fundamentais do Direito e da sua *praxis* metodológica, sofre as determinações implicadas pela respectiva natureza linguística e pela própria natureza da actividade hermenêutica. Jurisprudência uniforme não é, efectivamente, jurisprudência imutável, como observava José Alberto dos Reis para justificar a auto-revisibilidade/reversibilidade dos assentos. Mas aquilo que a jurisprudência não pode ser é aleatória, ocasional, contingente. Pelo menos, não em intenção. Pelo menos, não mais do que na medida em que não pode deixar de o ser. Porque é fruto de homens e em causa estão comportamentos humanos. E porque depende de uma irrefragável dimensão hermenêutico-prudencial. Porque o Direito é uma ordem dinâmica, uma constante intenção normativa que em cada diferente situação se concretiza renovadamente, engrandecendo-se e enriquecendo-se em cada acto de realização constitutiva. Mas nada disso é incompatível com a intenção subjacente ao instituto em causa⁶³⁴. Pelo contrário. A doutrina do assento constituirá mais um tópico,

próprio, ou por lei ou por decreto-lei, não retirando a necessária estabilidade à uniformidade jurisprudencial, afastava, em princípio, o perigo da sua estagnação. Se a solução adoptada como assento não sofria modificação, era porque o Supremo continuava a achá-la boa e o legislador ordinário também”. Cfr. *ibidem*, pp. 88-89.

⁶³³ Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *op.cit.*, p. 14.

⁶³⁴ “Todos estes esforços criativos dirigidos à modificação ou substituição do instituto em apreço, independentemente das razões jurídicas que os animam e da amplitude e alcance que transportam nas soluções propostas, evidenciam a *forte problematicidade* que os assentos comportam na hora actual, sem embargo de em *todas* se revelar uma postura favorável à existência de um mecanismo processual tendente ao asseguramento da uniformização da jurisprudência e da *unidade do direito*. E, na verdade, «a unidade

fornecido “institucionalmente”, a considerar nessa concretização hermenêutico-normativa. Tópico que não deixará de ser um valioso auxiliar na prossecução dos esforços uniformizadores da jurisprudência, que por sua vez representam um contributo fundamental para alcançar a unidade e coerência do todo jurídico. No final da obra que dedica aos assentos, o próprio Professor Castanheira Neves procura traçar os contornos de um regime de substituição, a que dá o nome de “regime de liberdade jurisdicional justificada – a orientar e a controlar pelo Supremo Tribunal de Justiça através do seu tribunal pleno”⁶³⁵. Um regime que visa substituir um determinado regime dos assentos, mas que, por isso mesmo, não implica forçosamente a eliminação do instituto em si⁶³⁶.

A sensação que nos dá é a de que o legislador, ao eliminar pura e simplesmente o instituto dos assentos, bem como os autores que por isso se bateram até à data dessa eliminação, perdoe-se-nos a expressão, mais parecem “deitar fora o menino com a água do banho”. De modo excessivamente gratuito.

A evolução funcional sofrida pelos tribunais desde que os assentos foram restaurados em 1926 justifica talvez uma reformulação do instituto. Justifica um novo entendimento do mesmo, dos seus objectivos, das suas intenções e dos valores que visa preservar. Mostrando o quão esbatidas se encontram hoje as linhas divisórias entre legislação e jurisdição (com o intuito de argumentar a favor da natureza legislativa dos assentos), Castanheira Neves afirma que “tanto a plena liberdade *vs* plena vinculação como a aberta possibilidade novadora (dirigida à criação de um *novum*) *vs* a fechada e estrita só determinação das normas pré-existentes já não caracterizam hoje, respectivamente, nem a legislação nem a jurisdição, e não menos os assentos – a legislação conhece vinculações normativo-jurídicas e a jurisdição, nos seus concretos juízos decisórios, orientados pela justeza normativo-juridicamente pragmática da solução do problema jurídico a que é convocada a dar solução, manifesta uma inegável possibilidade (uma necessidade) normativo-judicativamente constitutiva que a

progressiva da jurisprudência», ao invés da integral erradicação dos assentos, justifica a sua continuidade no ordenamento, devendo porém, no quadro das exigências, encontrar-se o ponto de equilíbrio que legitime a subsistência das irrecusáveis vantagens que nele se contêm”. Cfr. Acórdão 810/93, *POLIS*, *op.cit.*, p. 148.

⁶³⁵ Cfr. António Castanheira NEVES, *O instituto dos assentos*, pp. 670 e ss..

⁶³⁶ Observa Meneses Cordeiro que esta proposta de Castanheira Neves, mantendo o Supremo numa função jurisdicional, salvaguardava o essencial dos assentos: a reapreciação perante a decisão que contradissesse julgado anterior. Cfr. António Meneses CORDEIRO, *op.cit.*, p. 309, nota 6.

prescritividade dos assentos só potenciará e alargará”⁶³⁷. Pouco antes, e no mesmo sentido, afirmará o autor que não se podem excluir “do conteúdo dos assentos as mesmas dimensões recreativas, reconstrutivas e criadoras que correspondem à interpretação-integração próprias da realização do Direito – os assentos só projectam e impõem prescritivo-normativamente essas dimensões que se reconhecem no próprio acórdão-base”⁶³⁸.

Sem querer des-contextualizar as referidas observações, parece-nos que vêm precisamente ao encontro da nossa inclinação. Os assentos não só não contrariam como reforçam a natureza constitutiva da actividade jurisdicional. Uma natureza constitutiva que intimamente se entrelaça com a concretização judicativo-decisória do Direito e com os inerentes momentos hermenêutico-normativos. Sendo fruto, em último termo, desta concretização e desta actividade, os assentos não podem ser vistos como exorbitando das funções jurisdicionais. Não, pelo menos, nos moldes em que estas hoje devem ser entendidas, repercutindo-se esse entendimento no correspondente entendimento do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes.

Também Meneses Cordeiro, pugnando pela reintrodução do instituto em causa – devidamente jurisdicionalizado –, sublinha que “a jurisprudência, através da interpretação criativa do Direito, pode, efectivamente, agir em áreas que a clássica repartição dos poderes reservaria ao Parlamento. Os reparos constitucionais são, pois, inevitáveis; com eles teremos de viver, sendo impensável que desapareçam, por decreto, como os assentos. A solução será construída pelas práticas jurisprudencial e constitucional, sob a supervisão dos juristas e da sua Ciência. No estádio actual da Ciência do Direito, é totalmente impensável coarctar a actividade jurisdicional criativa: lacunas, conceitos indeterminados, contradições de princípios e normas injustas constituem outros tantos campos de crescimento jurídico, deixados, pela natureza das coisas, aos julgadores. Os assentos, em entendimento actualista, poderiam constituir a face visível, normalizada e respeitavelmente nacional, dessa actividade”⁶³⁹. Acrescentaríamos que a actividade jurisdicional criativa não se cinge aos modelos enunciados pelo autor, estando presente em qualquer momento de realização concretizadora do Direito. Mesmo quando esta se faz com recurso a critérios tecnicamente pré-definidos. E dizemos tecnicamente pré-definidos ou pré-determinados,

⁶³⁷ Cfr. António Castanheira NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos*, p. 106.

⁶³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 105.

⁶³⁹ Cfr. António Meneses CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 310-311.

porque sempre da sua concretização judicativo-decisória resultará uma pós-determinação. Um enriquecimento, uma recriação. Que tanto pode incidir em material legislativo como em doutrina consagrada em assentos. Ou em qualquer outra fonte.

Temos que nos desculpar pelo longo excuro a que nos entregámos a propósito desta potencial fonte do nosso Direito, mas a verdade é que continuamos a pressentir na matéria dos assentos uma enorme relevância no seio das questões que nos ocupam. E dizemos potencial fonte de Direito porque, apesar de revogados, não nos parece que a revogação se vá manter por muito tempo⁶⁴⁰.

Debatendo nós o problema fundamental do indissolúvel vínculo entre as fontes de juridicidade e a interpretação jurídica, temos que reconhecer que os assentos constituem um “perturbador e simpático instituto”.

⁶⁴⁰ Revogação, entenda-se, do instituto. Não da legislação que o consagrava, pois aí, naturalmente, mantemos a convicção de que se trata de matéria que não pertence ao âmbito de competências do legislador. Refira-se, a título meramente incidental, que a alteração operada pelo Decreto-Lei 303 / 2007 de 24 de Agosto, não traz quanto à disciplina em causa alterações substanciais.

Capítulo IV - O império da lei e a crise da lei: projecção de uma /numa cultura jurídica hermenêutico-argumentativa.

1. A mediação linguística e hermenêutica na superação de um paradigma jurídico: do império da lei à segurança do Direito

Mais perturbadora é, no entanto, a realidade subjacente a muito das críticas que temos vindo a tecer à teoria das fontes de Direito que vemos consagrada entre nós. E que, para além de estar consagrada entre nós, pode ser considerada largamente responsável pelo substrato paradigmático de toda a nossa cultura jurídica e pela forma como é visto e apreciado todo o ordenamento jurídico ocidental desde a aprovação do Código Civil napoleónico de 1804. Um substrato que é especificamente atribuído por María José González Ordovás ao conceito de lei geral e abstracta, ao seu império e ao conceito de Código enquanto máxima expressão de tal lei⁶⁴¹. Aspectos que ajudam a compor o postulado da supremacia legal sobre o qual geometricamente se desenha o nosso modelo de fontes de Direito. Postulado que, por outro lado, não se reduz à consideração da lei como primeira forma de produção de normatividade jurídica vigente⁶⁴², imputando ainda a esta mesma lei a capacidade de, em exclusivo, atribuir efeitos jurídicos às restantes normas. Como já antes referimos, à lei compete fixar as condições do relevo jurídico de qualquer outra potencial fonte de Direito, nessa medida sempre secundária. O que significa, também, como bem sublinhou López Calera, que para além deste tipo de norma ser o mais importante no seio de um ordenamento jurídico, implicado nesta opção vai igualmente o reconhecimento do Estado como única fonte – como único poder – geradora de Direito; como fonte soberana que legitima a existência de outras fontes secundárias⁶⁴³. Implicada vai também, como já vimos noutros passos deste texto, a subalternização de toda a função judicial, destinada a

⁶⁴¹ “... desde muitos pontos de vista, continuamos a ser modernos”. Cfr. María José GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Ineficacia, anomía y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 28.

⁶⁴² Ou antes primeiro repositório de normatividade jurídica?

⁶⁴³ Já antes nos referimos à importância política da determinação da teoria das fontes. Cfr. *supra* pp. 174 - 175; 198 e ss.; 205 - nota 528; N. LÓPEZ CALERA, *Introducción al estudio del Derecho*, 1987, *apud* María José GONZÁLEZ ORDOVÁS, *op.cit.*, p. 97, nota 243.

neutralmente servir um Direito assim identificado com os positivos ditames legais. Função judicial que se vê entregue a uma tarefa de mecânica transposição de comandos gerais provindos de um legislador racional para concretas situações jurídicas carecidas de resolução⁶⁴⁴.

A partir daqui, sobressaem algumas ideias fundamentais. A lógica discriminação de dois momentos fundamentais da realidade jurídica, desde logo: o momento da criação do Direito, por um lado, e o sempre posterior e neutro momento da aplicação daquela prévia criação jurídica. Operações racionais que se identificam, cada uma, com o seu respectivo protagonista: de um lado temos o legislador, e do outro lado temos o juiz, figuras que a cultura jurídica tradicional nos habituou a contrapor, nas respectivas tarefas e intenções. E se a intenção que preside à actividade do legislador é eminentemente criativa, a que subjaz à tarefa do juiz é já de índole interpretativo-reprodutiva. Ao magistrado competirá verter para o caso em apreço um Direito previamente definido nas suas determinações, mediante um procedimento – de natureza interpretativa - que se prevê de uma aritmética precisão⁶⁴⁵.

Ora, todos estes são elementos que se viram profundamente transformados nas últimas décadas. Em 1928, invocando o genial trabalho de François Gény, e o seu contributo único para a cabal distinção entre *donnée* e *construit*, para a compreensão do jogo de influências e de recíprocas determinações entre leis e realidade, Max Ascoli constatava a crise da ideia de legislação e de interpretação, confirmando o absurdo de continuar a pensar o intérprete enquanto mero repetidor de fórmulas legais frente às exigências do caso concreto. A crise da lei corria, como continua a correr, ao lado da criatividade interpretativa. Uma crise que, por isso mesmo, se manifesta acima de tudo

⁶⁴⁴ Por mais eufemismos que na caracterização deste mecanicismo se adoptem.

⁶⁴⁵ “O direito, que ao longo da civilização medieval tinha sido dimensão da sociedade e por isso manifestação primeira de toda uma civilização, converte-se em dimensão do poder e fica marcado intimamente pelo poder. (...) Para uma visão normativa aquilo que importa é quem «manda» e a sua vontade imperativa (ou, se quisermos, aqueles que «mandam» e as suas vontades imperativas), enquanto contamos bastante pouco os usuários da norma e a vida da norma na sua utilização pela comunidade de cidadãos. O problema interpretativo da norma, nesta óptica estreita, reduz-se a um procedimento de reconstrução – procedimento previsto com aritmética precisão – da vontade imperativa no momento em que se separou do «ordenante» (sempre antropomorficamente pensado...) e se cristalizou num texto...” Cfr. Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, pp. 44 e 47. A partir daqui, a teoria da interpretação jurídica desenvolvida em torno desta visão normativa foi-se dividindo quanto às preferências pela *mens legis* ou pela *mens legislatoris*.

mais do que como uma crise de conteúdos, como uma crise de forma. É a crise da lei enquanto exclusivo veículo de criação de juridicidade, ao serviço de um Estado e das noções de segurança e de certeza que este assim pretende garantir aos seus súbditos⁶⁴⁶. Ao seu serviço e condição da sua preservação. As virtudes supremas de uma legislação assim concebida e traçada, em obediência a uma vocação totalizadora, são hoje largamente questionadas. E isto por razões várias, que constituem a outra face dos múltiplos sintomas da crise de que, ao fim e ao cabo, já se vai tornando lugar comum falar. Prieto Sanchís sublinha a perda da confiança anteriormente depositada nas qualidades reconhecidas à lei que vai implicada nesta crise, mas também a efectiva deterioração que esta supõe dos traços que a caracterizavam na filosofia ilustrada: unicidade e permanência, simplicidade e clareza, generalidade e abstracção. Atributos que hoje temos dificuldade em reconhecer como característicos da nossa legislação, por muitos considerada excessiva, errática e, as mais das vezes, redigida de modo não intencionalmente confuso e obscuro⁶⁴⁷. “Está-se a produzir, em tempo próprio, nos actuais ordenamentos jurídicos, um fenómeno que foi denominado com razão hipertrofia legislativa (...), determinado por um crescimento sem limites das normas legais, que rompeu o equilíbrio entre a produção normativa e a capacidade da sua aplicação. A inflação normativa viu-se acompanhada do grave desprezo pela própria estrutura formal das normas legais. A possibilidade real dos seus destinatários de conhecer e cumprir o direito ressentiu-se do aluvião normativo e da sua contínua modificação, mas em não menor grau da sua prolixidade, complexidade e equívocidade da linguagem em que são expressas as disposições legais”. No entender de Pérez Luño

⁶⁴⁶ Cfr. Max ASCOLI, *op.cit.*, pp. 26-28. Crise que não se confunde com a hoje em dia tão proclamada crise do Direito ou crise da Justiça, que, por sinal, não se subscreve. O Direito e a Justiça não se identificam de modo algum com a lei. Disso mesmo estamos a tratar. Pelo que os vícios que afectam a lei não têm que se propagar àquelas realidades.

⁶⁴⁷ “Nos sistemas actuais as leis multiplicam-se, invadem áreas confiadas antes à autonomia dos privados, a sua vigência é efêmera e por vezes esgota-se num só acto de aplicação, o seu conteúdo é circunstancial e carece de autêntica vocação reguladora, etc. Deste modo, a multiplicação das leis, a dificuldade em serem conhecidas e a frequência das suas modificações transforma a certeza em insegurança, frustrando a pretensão de ordenar a vida social mediante regras simples, duradouras e a respeito das quais se possa razoavelmente pressupor o geral conhecimento. E também assim a igualdade se vê comprometida pela natureza particular, quando não individual, das normas jurídicas, a antiga generalidade e abstracção dos códigos cede lugar às leis-medida, regulações pormenorizadas e sectoriais nem sempre justificadas...”. Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, p. 187.

esta actual extensão da massa legislativa é mais um dos motivos na origem do défice de intensidade da eficácia da lei⁶⁴⁸.

Associada à supremacia da lei vai, como temos vindo a repetir, uma certa noção de Estado. Estado que se propõe, através de mecanismos proporcionados pela própria legislação, alcançar determinados objectivos, políticos e sociais. Estado que, detendo o monopólio da criação de normas jurídicas, racionais e acabadas, pretende garantir a segurança de todos e a certeza do Direito pela sua mecânica reprodução na realidade concreta da vida. Foi em obediência a toda essa intencionalidade que se desenvolveu a codificação, enquanto mecanismo capaz de em si congregar as condições necessárias à realização de um determinado programa político. A crise da lei, instrumento que se revela, a partir de certa altura, incapaz de fazer surtir os efeitos pretendidos, é a própria crise do código, que se vê ultrapassado pelas necessidades e exigências de uma prática social em constante transformação⁶⁴⁹. Uma prática que não se compadece nem com uma concepção tão rigidamente hierárquica do sistema de fontes como a implicada no “supra-conceito” de lei⁶⁵⁰, nem com a necessariamente neutra e meramente reprodutiva e dedutiva actividade interpretativa destinada a verter essa lei na realidade. A crise do código, enquanto corpo normativo com vocação de exaustividade e eternidade⁶⁵¹, é, sobretudo, também ela, uma crise de forma: não se supera pela substituição de um código por outro melhor. Não diz respeito às particulares decisões legislativas que consagra. Se o mundo dos códigos se identificava com o mundo da segurança e da estabilidade, diz González Ordovás, se foi precisamente esse o contexto político, social e ideológico em que se firmou e se afirmou a autoridade dos códigos, não é fácil imaginar como se poderá continuar a viver à sombra dos mesmos códigos – da mesma

⁶⁴⁸ Até porque, acrescenta o autor, nestas circunstâncias não são apenas os cidadãos, mas também o próprio legislador e os juristas, sejam eles funcionários administrativos, juízes ou advogados, os que têm graves dificuldades para conhecer e aplicar o direito. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, p. 80.

⁶⁴⁹ Sobre a centralidade cultural do Código Civil num tempo de descodificação e pluralismo nomogenético, cfr., v.g. Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, 4.^a ed. Prieto Sanchís sugere que a decadência da lei se possa reconduzir à irrupção do positivismo, e da correspondente ideia segundo a qual a lei e o direito positivo representam a manifestação de uma vontade, e nunca a cristalização de uma razão abstracta e intemporal. Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, p. 187.

⁶⁵⁰ A expressão é de Francisco RUBIO LLORENTE, em “El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, p. 83, *apud* María José GONZÁLEZ ORDOVÁS, *op.cit.*, p. 97.

⁶⁵¹ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, p. 187.

ideia de código – num mundo de riscos e de mudanças súbitas. Sugere a mesma autora que talvez a nossa sociedade seja demasiado dinâmica para se submeter a uma norma cuja razão de ser é, precisamente, a de petrificar para dar estabilidade⁶⁵². No mesmo sentido vai a crítica de Pérez Luño a um sistema hierárquico, rígido, centralista e baseado na hegemonia absoluta da lei e no monopólio estadual da criação normativa, sistema que se vê amplamente ultrapassado pelas circunstâncias do mundo actual e que se revela abertamente incompatível com aquele que se considera ser um dos valores básicos das sociedades democráticas: o pluralismo⁶⁵³. Também Grossi se interroga sobre o grau de satisfação que, desde o ponto de vista da justiça, pode oferecer a garantia oferecida pela legalidade, pela certeza do Direito e pela divisão de poderes, num mundo em que a disposição de fontes claramente desmente, “no fervor da experiência”, o decrépito esquema da hierarquia de fontes que aqueles postulados levaram a consagrar⁶⁵⁴. Sem esquecer que abstracção e igualdade formal poderiam ter sido, talvez, as melhores armas da grande batalha burguesa, “mas armas desinteressadas apenas em aparência, para benefício e protecção de todos apenas em aparência”... Este retorno a uma ideia de pluralismo, e de pluralismo normativo, leva Prieto Sanchís a

⁶⁵² Cfr. María José GONZÁLEZ ORDOVÁS, *op.cit.*, p. 99.

⁶⁵³ No entender do autor, as fontes de Direito enfrentam hoje, no plano axiológico, um dilema fundamental, que se analisa na tensão manifesta entre os valores contraditórios da hierarquia e do pluralismo, como postulados orientadores do seu significado. A situação jurídica actual, no entanto, vê-a caracterizada essencialmente pelo pluralismo, com a correspondente derrogação das ideias de monopólio e de hierarquia normativa e com a imediata erosão do protagonismo da lei. Um pluralismo que implica, ao mesmo tempo, o reconhecimento de uma área de liberdade ou de auto-determinação interna para as organizações sociais. “A repercussão expansiva do pluralismo jurídico está a conduzir ao progressivo abandono do princípio da hierarquia normativa em função dos denominados «sistemas de inter-legalidade», ou seja, da intersecção de sistemas de áreas e níveis jurídicos sobrepostos e inter-relacionados de forma a-simétrica e a-sistemática, a partir de múltiplas redes de juridicidade. A inter-legalidade viria a ser a dimensão fenomenológica do actual pluralismo jurídico próprio da pós-modernidade, que pressupõe a perda da hierarquia normativa baseada na soberania do Estado”. Com inteligente lucidez, alerta Pérez Luño para os riscos inerentes ao actual pluralismo jurídico no domínio das fontes. Os fenómenos de deslegalização e de inter-legalidade não constituem, em si mesmos, garantia de um melhor direito para os cidadãos. E pode não haver motivos para saudar certas manifestações de “legalidade porosa (que melhor seria qualificar de vaporosa) ou de normatividade difusa (eufemismo que cobre, as mais das vezes, uma normatividade confusa)”. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, pp. 83-85; 100-102.

⁶⁵⁴ Cfr. Paolo GROSSI, *op.cit.*, p. 18.

falar numa viagem de regresso à Idade Média, a um tempo em que o Direito era verdadeira dimensão da sociedade, e por isso manifestação primeira de toda uma civilização. Um tempo em que o Direito era verdadeiramente o fruto de um fértil equilíbrio de forças e interesses, em que a *interpretatio* desempenhava um papel de extraordinária fecundidade. E nem se pretenda configurar esta nova Idade Média como um reino de incertezas, aleatoriedades ou confusão⁶⁵⁵, mas antes como um reino em que se verifica a existência de condições para restaurar o lícito exercício do arbítrio, nomeadamente judicial.

O desgaste acusado pela ideia de lei e de código, a erosão do conceito de interpretação que a estes ia associado, configuram parte da profunda transformação que atravessa actualmente o nosso sistema de fontes de Direito. E, na decorrência de tudo aquilo que temos vindo a afirmar sobre a centralidade do problema das fontes, é legítimo supor que qualquer transformação, qualquer alteração que se venha a produzir no seio do sistema de fontes do Direito terá, mais cedo ou mais tarde, inevitáveis repercussões no restante ordenamento, “como as ondas na água”. No douto e incisivo discurso proferido por Pérez Luño a que nos temos vindo a referir, alude o autor à verdadeira maré transformadora que se converteu em fenómeno distintivo da nossa época. Maré de uma tal amplitude e profundidade que atingiu praticamente todas as esferas da nossa vida, não deixando incólume a vida do Direito⁶⁵⁶. E não só não deixou incólume a realidade jurídica como entrou num daqueles âmbitos do ordenamento que pareciam mais inacessíveis à inovação: o recinto das fontes. Aquele a que Grossi chamou, com razão, o santuário do moderno direito burguês, muito semelhante àquele espaço sagrado em que só uma alta hierarquia sacerdotal podia entrar⁶⁵⁷. O título de Pérez Luño não podia ser mais sugestivo: *O transbordamento das fontes do Direito*⁶⁵⁸. Nas palavras do próprio, à metáfora hidráulica das fontes adapta-se, no seu cariz

⁶⁵⁵ Como faz, entre outros, Alain MINC, em *Le nouveau moyen âge*, Paris, Gallimard, 1993.

⁶⁵⁶ “A transformação e a mudança parecem ter-se convertido nos fenómenos distintivos da nossa época”. No direito, a presença deste espírito de mudança fez inverter a tendência dominante da anterior doutrina jurídica, que procurava mostrar o direito a partir dos seus traços mais permanentes e estáveis. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, p. 75.

⁶⁵⁷ Cfr. Paolo GROSSI, *op.cit.*, p. 58. Esser já tinha avisado: “um só passo fora da doutrina aceite acerca das fontes de Direito e já nos falta o chão por baixo dos pés”. Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 13.

⁶⁵⁸ No original, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*.

dramático, a imagem dos transbordos. As formais margens legalistas têm vindo a ser paulatinamente ultrapassadas por manifestações normativas supra e infra-estaduais, ao mesmo tempo que às organizações sociais vai sendo reconhecida uma cada vez maior margem de liberdade e autodeterminação; a ideia de códigos plenos e definitivos vai dando lugar a uma cada vez mais abundante legislação especial, e as intervenções normativas do Estado realizam-se com razoável frequência através de providências administrativas⁶⁵⁹. Mas não são estas as manifestações normativas que vemos como mais lesivas da fortaleza legalista. A lenta e gradual erosão das rígidas estruturas do Direito da Modernidade tem vindo a ser ditada pelas próprias exigências do dinamismo social. E pelo reconhecimento de realidades que sempre existiram, ainda que na bruma, camufladas. Tem vindo a ser ditada pelas solicitações de uma realidade cuja diversidade reclama especificidades não contempladas por aquele modelo. A rigidez não provém propriamente dos conteúdos do programa político-jurídico moderno-iluminista. A rigidez está numa concepção jurídica que prevê pouca elasticidade na utilização desses mesmos conteúdos. Que pretende garantir a objectividade e a isenção de um Direito politicamente elaborado pela neutralidade da sua realização prática. A partir do momento em que se tornam conscientes as transformações que aquela mesma realização prática inevitavelmente imprime naquele corpo jurídico, o edifício jurídico-legal começa a dar mostras da sua real porosidade. A rigidez da hierarquia de fontes vê-se penetrada pelo irrecusável poder criativo desse fundamental protagonista da vida do Direito: o intérprete. Intérprete que de modo algum pode ser encarado, nos dias de hoje, como um mero transmissor de sentidos, que de modo impoluto trate de levar até cada situação concreta os sentidos desde o início contidos no comando legislativo. A interpretação revela-se hoje, graças aos esforços conjuntos de diversos domínios do saber, como verdadeiramente constitutiva dos sentidos com que opera, vindo esta sua natureza, naturalmente, a repercutir-se de maneira profunda no modo como concebemos realidades vitais da própria ordem jurídica. No modo, desde logo, como entendemos a actuação dos diferentes operadores jurídicos, tendo que reconhecer aos directos intervenientes na prática judiciária um maior protagonismo⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, pp. 83 e ss..

⁶⁶⁰ Cfr., entre outros, Diego POOLE DERQUI, *El derecho de los juristas y sus implicaciones: un diálogo con Lombardi Vallauri*, Madrid, Dykinson, 1998, em especial a parte II; Claudio LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS, *"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

Implicada vai uma diferente forma de conceber a própria realidade jurídica, a sua constituição e o seu funcionamento. Já não como o fruto exclusivo de mecanismos e interesses político-estaduais a primeira, nem de um geométrico raciocínio silogístico, o segundo. O Direito não pode constituir um *prêt-à-porter*, talhado à medida de cada situação que dele carece. Deixando à lógica a tarefa de preencher os espaços apenas aparentemente deixados por preencher pelo sistema positivo, num dramático esforço para preservar os valores da segurança, da estabilidade e da certeza⁶⁶¹.

Saber se foi o dinamismo próprio da vida vivida que reclamou da ordem jurídica outras respostas e outra mentalidade, outras metodologias de realização da juridicidade, ou se foram sobretudo as conquistas ocorridas no fundamental domínio da hermenêutica, da ciência jurídica ou da metodologia do direito, que precipitaram uma radical mudança de perspectiva sobre a constituição e existência do fenómeno jurídico, é talvez questão de somenos importância. As transformações são reais e obrigam todo o jurista a um esforço de adaptação. Sendo reais, não deixam, no entanto, de ser fruto de um lento e longo processo de erosão que se foi infiltrando em estruturas com raízes profundas na nossa cultura jurídica. A natureza gradual das alterações que se foram produzindo torna essas mesmas alterações simultaneamente mais profundas e menos evidentes⁶⁶². Tivemos já oportunidade, ao longo deste trabalho, de reflectir sobre a natureza das morosas mudanças de mentalidade. São processos que envolvem, mais do que substanciais mudanças qualitativas, uma fundamental mudança de perspectiva⁶⁶³. Trata-se de começar a ver as coisas de outro modo, de entender a realidade de forma diferente. As transformações que actualmente se fazem sentir no Direito reflectem essa mudança de perspectiva, e traduzem-se na necessidade de repensar vínculos e hierarquias anteriormente dominantes. Ou ainda dominantes, talvez por inércia e comodismo, mais do que por convicção⁶⁶⁴. A verdade é que em Direito não faz demasiado sentido falar em invenções. O Direito inventa pouco e as novidades que apresenta são relativas: dizem respeito, as mais das vezes, a novas conjugações e novos equilíbrios entre elementos já existentes, já conhecidos. É, por outro lado, como lembra Nieto, uma ciência que procede por acumulação, em que nada desaparece em função de

⁶⁶¹ Cfr. *supra*, pp. 152 e ss..

⁶⁶² Formalmente menos agressivas, mas talvez mais eficazes, nas palavras de Alejandro NIETO, *op.cit.*, p. 27.

⁶⁶³ Cfr. *supra*, pp. 68 e ss..

⁶⁶⁴ Cfr. Alejandro NIETO, *op.cit.*, p. 33.

novas aquisições. As ideias, os conhecimentos e os mecanismos próprios da realidade jurídica não são eliminados por desatualização ou por desuso. Continuam a fazer parte dessa realidade, na sombra, a qualquer momento podendo ressurgir⁶⁶⁵. É esta mesma noção que motiva as reservas de Nieto quando afirma estar convencido terem chegado os tempos de uma revolução do pensamento jurídico. Revolução que se tem vindo silenciosamente a nutrir do desconforto criado pelos modelos dominantes; pelo seu desfasamento face à própria realidade. E estes modelos dominantes, na medida em que encerram uma concepção global do Direito, que informam os conhecimentos dos operadores jurídicos ao mesmo tempo que instruem as suas práticas, configuram um autêntico paradigma jurídico. Não deixa o autor de considerar pouco rigoroso falar em paradigma jurídico dominante, uma vez que num mesmo tempo jurídico convivem tradicionalmente, de modo pacífico, grandes ideias e escolas profundamente contraditórias, que entre si dialogam e que têm, cada uma, os seus sequazes. Ainda assim, admite falar em paradigma jurídico de relevo, que não poderá ser totalmente original, “uma vez que normalmente recolhe e reaviva fios intelectuais perfeitamente conhecidos antes, mas que viviam soterrados e que com a mudança saem à luz, combinam-se de maneira diferente e adquirem uma relevância singular”⁶⁶⁶. E já com estas reservas, abertamente contrapõe um paradigma jurídico tradicional, identificado com o modelo herdado do Iluminismo setecentista, a um paradigma jurídico renovador. Paradigma este que é fruto daquele lento processo de erosão de uma determinada concepção do Direito, da sua criação e da sua realização prática, associada a um específico quadro e hierarquia de fontes jurídicas e a um concreto entendimento da actividade interpretativa. E que recupera ideias e protagonismos abafados pelo modelo legalista que ainda se consegue impor na nossa prática. Sobretudo aí, pois, como observa Nieto, “este paradigma praticado não é, talvez, um paradigma dominante na doutrina, porque o que pratica a maioria só é aceite doutrinal e conscientemente por uma minoria, enquanto as elaborações teóricas são desdenhosamente ignoradas pelos práticos”⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ “Em Direito é impossível dizer algo rigorosamente novo e, do que se trata, é antes de estabelecer conexões modestamente inéditas de velhos fenómenos que graças a elas se podem explicar melhor”. Daí a recomendação que faz o autor para que ninguém procure versões originais ou revolucionárias, e muito menos soluções taumatúrgicas para os problemas que nos afligem. Cfr. *ibidem*, p. 17.

⁶⁶⁶ Cfr. *ibidem*, p. 30.

⁶⁶⁷ Cfr. *ibidem*, p. 25.

Ainda assim, os nossos parecem ser tempos de mudança. A pressão doutrinal é cada vez maior, e maior é também a insatisfação sentida face às teorias dominantes. Além de que se vai tornando insustentável o “escandaloso isolamento cultural em que vive o pensamento jurídico, que já não pode permanecer muito mais tempo fechado em si mesmo e que, para se aproximar do estado actual das restantes ciências e tecnologias, tem que abandonar lastros milenários que inexplicavelmente ainda conserva”⁶⁶⁸.

A nova forma de estar no Direito e de compreender a realidade jurídica que actualmente se presente aponta, como antes referimos, para uma maior valorização do intérprete em detrimento do “criador” do Direito; para um maior protagonismo do jurista – incluídos aqui juízes, advogados ou jurisconsultos -, em detrimento do legislador. Na mesma medida, é a própria concepção e hierarquia de fontes que se vê desfigurada pelo reconhecimento da natureza constitutiva da actividade levada a cabo por aqueles juristas. Actividade tradicionalmente considerada de mera aplicação de um direito previamente determinado, em obediência a procedimentos que lhe garantiam uniformidade, plenitude, racionalidade, e que, de secundária que era, passa agora para primeiro plano. Uma secundaridade que, mais do que cronológica, era, como continua a ser, verdadeiramente qualitativa, e que decorria da própria cisão, que se tinha como absoluta, entre os momentos da criação e da aplicação do Direito. Uma cisão que, por seu turno, tem o correspondente subjectivo na imputação do primeiro às competências do legislador e do segundo às do magistrado⁶⁶⁹. Ora, a diferenciação absoluta destes dois momentos é hoje praticamente indefensável, sendo que se algum deles merece hoje especial consideração, esse deixou já de ser o primeiro, para dar clara preferência ao segundo. É a renovada dimensão pretoriana da produção jurídica, de que fala Pérez Luño, potenciada pela crise da função da lei como fonte exclusiva do Direito⁶⁷⁰. Que mostra que Ross tinha razão ao entender que, partindo do erróneo pressuposto de que o juiz aplica sempre um direito pré-existente, não é possível nem entender adequadamente

⁶⁶⁸ Cfr. *ibidem*, p. 25.

⁶⁶⁹ E cujos reflexos negativos a nível do estudo e ensino do Direito se têm igualmente perpetuado. Nieto afirma que o estudo do Direito em Espanha se encontra gravemente desequilibrado em benefício das normas gerais e em detrimento das decisões particulares. Mas a falha revela-se mais profunda quando nos apercebemos que entre esses dois pólos da realidade jurídica as determinações são mútuas e constantes. Cfr. *ibidem*, p. 15.

⁶⁷⁰ Um processo que poderá comportar determinados custos no tocante à erosão da segurança jurídica, avisa o jurista espanhol. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, p. 91.

a natureza da função jurisdicional nem apreender correctamente a dinâmica imanente à teoria das fontes do Direito. E o pressuposto é erróneo, porque não corresponde sequer à realidade processual do Direito⁶⁷¹. Não é razoável supor que o Direito que sai das mãos do legislador estadual, supostamente vertido em formulações isentas e objectivas, vai preservar essa sua (pretensa) formatação ao longo dos processos através dos quais vem a cumprir os seus próprios desígnios. Aquele complexo normativo, elaborado em obediência a uma série de critérios e requisitos formais, constitui como que parte da fundamental matéria-prima de que vão lançar mão os juristas na sua tarefa de realização particular do Direito. Uma tarefa que vai exigir desses juristas um esforço quase demiúrgico, a exercer sobre aquela matéria-prima, no sentido de a trazer do terreno da abstracção e generalidade em que se move para um palpável terreno de concretas necessidades e exigências. Esta dimensão, por seu turno, também ela matéria-prima nas mãos do jurista, não deixará de imprimir naquele material normativo as suas indeléveis determinações, num movimento de vaivém entre material normativo e situação de facto que se revelará fundamental para a realização da juridicidade⁶⁷². E o grande responsável por todo este movimento de recíprocas determinações não pode deixar de ser esse fabuloso mediador e mensageiro que tem sido, ao longo dos tempos, o intérprete. Aquele que o paradigma dominante sempre temeu e cuja actuação sempre procurou travar. Inutilmente, pois, uma vez mais, realidades há que não são alteráveis por decreto.

Chegamos com isto a outro ponto-chave do nosso trabalho. Ao longo destas páginas foram frequentes as referências ao intérprete e à sua actuação. Sem nunca termos chegado a esclarecer o seu papel, o seu desempenho, constatámos viver um momento em que o seu protagonismo se ergue claramente por sobre o mar normativo e formalista em que o nosso direito tem vivido mergulhado. Um protagonismo que não constitui, por certo, uma novidade absoluta no conspecto geral das nossas ordens jurídicas. Com maior propriedade poderemos falar numa ressurreição do que numa revolução. E trata-se de uma ressurreição largamente potenciada por todo aquele movimento que acabou por transformar a linguagem no verdadeiro paradigma.

⁶⁷¹ Cfr. Alf ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho*, p. 103.

⁶⁷² Sobre esta natureza demiúrgica da actividade de interpretação jurídica, cfr., v.g., Vittorio FROSINI, *Teoría de la interpretación jurídica*, pp. 12-13. Frosini lembra que, segundo Platão, Demiurgo era aquele deus que transformou a matéria pré-existente do caos, convertendo-a num cosmos ordenado, de acordo com as ideias.

Paradigma da construção de conhecimentos e da própria construção de realidades, da realização do saber nas suas próprias aplicações concretas e pragmáticas.

A reacção contra o formalismo jurídico, cujo culminar estamos hoje a testemunhar, tem certamente os seus pioneiros, ainda no século XIX, nas ordens jurídicas europeias como nas anglo-americanas. Movimentos como os da Jurisprudência dos Interesses e do Direito Livre, na Alemanha, ou do *american legal realism* nos Estados Unidos, desempenharam um papel muito importante na desconstrução do mito formalista da segurança e da certeza jurídicas associado à ilimitada crença no legislador e na obediência a regras positivadas de Direito. Mas aquela reacção encontrou um substrato doutrinal excepcional em toda a dinâmica linguística, filosófica e literária que caracterizou a viragem para o século XX.

Antes de continuarmos, devemos aqui sublinhar uma questão relevante. O receio que aquele a que nos temos vindo a referir como modelo dominante sempre manifestou relativamente ao agente que agora se assume como protagonista – o intérprete – tinha a sua razão de ser. No seio de uma determinada lógica, claro. Pretendia-se traçar geometricamente a regulamentação jurídica perfeita, que provesse a todas as situações possíveis, de modo claro e objectivo. Fazer depender os sentidos desta regulamentação – e, assim, a sua aplicação – da intervenção de um mediador, intérprete inteligente e criativo, seria abrir as portas à incerteza e insegurança que aquele modelo pretendia a todo o custo erradicar. Seria introduzir naquele edifício perfeito potenciais e perigosos elementos de desvirtuação e transfiguração. Isto justifica que o século XIX tenha adoptado e particularizado o secular *in claris non fit interpretatio*, com o sentido e implicações a que já antes nos referimos. Se a segurança jurídica constituía uma das primordiais preocupações das Codificações oitocentistas, o tradicional sistema de fontes adoptado era um dos principais meios ao serviço dessa segurança, garantindo a previsibilidade da actuação judiciária.

Posta em causa a mera possibilidade da vinculação judicial aos termos da lei, tornando-se claro e consciente que a elaboração judicial do Direito já não pode constituir um “simples apêndice da lei” ou uma “prótese pudicamente oculta para sanar as suas deformidades” – tal como era e continua a ser considerada pelo direito da codificação -, e revelando-se que, pelo contrário, essa elaboração tem que ser tida como “parte funcionalmente normal e necessária da criação de preceitos jurídicos em

geral”⁶⁷³, em causa fica aquele tradicional equilíbrio de fontes e a segurança que pretendia proporcionar. Uma segurança que era, no entanto, profundamente ilusória, enquanto procurava ocultar a inevitável incerteza e indeterminação inerentes a um processo permeado de decisões, escolhas e, por definição, juízos. Um processo em que as percepções e apreensões dos respectivos agentes irrecusavelmente se imprimem. Foi essa a margem de indeterminação e de incerteza, gerida pela arte do intérprete, que durante muito tempo se procurou escamotear sob uma capa de racionalidade e coerência. Sob a capa da neutralidade interpretativa. Ambas sempre inexistentes. Pelo menos com os traços com que se pretendia que existissem. Queremos com isto dizer que aquilo a que hoje vamos assistindo, um pouco em todos os domínios da teoria do Direito, é à erosão não da segurança jurídica proporcionada pelo característico modelo oitocentista, mas à erosão de uma falsa ideia de segurança que esse mesmo modelo conseguiu fazer passar. O que nos deixa, talvez, mais bem preparados para, conscientemente, procurarmos mais adequados meios de efectivamente prover a essa efectiva segurança. Uma segurança que sempre terá que passar pelo conhecimento profundo das complexas, decisórias e decisivas, práticas interpretativas e pelo papel que estas práticas efectivamente desempenham no seio do discurso e da racionalidade jurídicas. Porque “o verdadeiro perigo para a certeza do Direito não está em reconhecer uma situação de necessária margem interpretativa, mas no pensar que essa certeza possa existir fora do concreto processo de interpretação e de decisão. Só ingénuos e anacrónicos defensores de um vetero-iluminismo, que acarinhem o ideal de uma jurisprudência «mecânica», podem hoje negar a urgência de restabelecer a certeza, com reflexão e argumentação, no seio de um processo interpretativo que por si só não pode excluir momentos de decisão”⁶⁷⁴. Quem o diz é Giuseppe Zaccaria, um dos mais lúcidos pensadores do Direito dos nossos tempos, que tem feito um notável esforço para retirar ilações da actual inevitabilidade do diálogo entre as teorias hermenêuticas e a teoria jurídica. A actual teoria jurídica não pode senão ter plena consciência da crise que assalta o moderno edifício das fontes de Direito, reconhece o autor; mas isso não a torna imediatamente capaz de absorver e processar a realidade de um poder judiciário que não mais se configura como nulo⁶⁷⁵. Não que alguma vez o tenha podido ser, mas o que

⁶⁷³ Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 30.

⁶⁷⁴ Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 1990, p. 63.

⁶⁷⁵ Cfr. *ibidem*, p. 6.

antes jazia na sombra tem hoje lugar assegurado no seio de qualquer proposta jurídico-metodológica. Pelo que, se hoje o objectivo das mais relevantes teorias metodológicas passa pela readequação da teoria do Direito à prática jurisprudencial, este procedimento terá que tomar consciência da produtividade e insubstituibilidade da função interpretativa, para que possível se torne o “controlo teórico do espaço de jogo que se abre ao intérprete. O que acontece, precisamente, no modelo hermenêutico. O facto de que sejam atribuídos ao intérprete amplos poderes não significa com efeito que esses possam ser utilizados de modo arbitrário, nem tão pouco que aquele esteja livre do dever de se comportar segundo critérios racionais e controláveis”⁶⁷⁶.

2. A exigência de novos modelos de racionalidade. A leitura principialista de Josef Esser: exemplo de transição espaço-temporal

A actual necessidade de procurar novas formas de racionalidade jurídica, uma racionalidade que vamos ver tratar-se de uma racionalidade discursiva e argumentativa, traz a reinvenção das próprias noções de segurança e de controlo de uma actividade que apresentará sempre largas franjas de discricionariedade. No seu monumental *Princípio e Norma*, Josef Esser alertava, neste mesmo sentido, para a necessidade de abandonar uma ideia esquemática – e ilusória - de segurança, para que se tornasse possível reflectir sobre as mais profundas garantias do pensamento jurídico⁶⁷⁷. E essas teriam que passar pelo reconhecimento da deslocação do centro de gravidade, nos sistemas jurídicos

⁶⁷⁶ Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p. 183.

⁶⁷⁷ Entendia Esser que a única vocação das práticas judiciais é a de revestir de uma aparência racional o que não é senão emocional. Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 28. A exigência de uma estrita obediência à lei – que Hassemmer considerava impraticável, *de per se* -, seria, para este autor, um reflexo da necessidade por parte da jurisprudência de dar a entender que se limita a cumprir a lei, e de modo algum poderia ter como consequência um efectivo cumprimento mais exacto das prescrições legais por parte da mesma jurisprudência. Só que, “para satisfazer a referida obrigação, essa jurisprudência irá esconder as inseguranças dos factores situacionais da sua interpretação por detrás de uma demonstração de coerência, segurança e imutabilidade”. Cfr. Winfred HASSEMER, “Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei”, in A. KAUFMANN / W. HASSEMER (org.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1994, trad. port. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 292-293.

codificados, da lei formal a uma casuística judicial orientada segundo princípios. Esse o verdadeiro eixo das transformações que Esser vê surgirem com toda a propriedade no seio da teoria jurídica. Não podemos esperar bons resultados de nenhuma outra orientação que não seja a observação do processo real de criação efectiva do Direito, diz o autor⁶⁷⁸. E esta observação convida à formulação de novas teses doutrinárias, como seja a do primado de verdades pré-positivas, vertidas em princípios que só por obstinação positivista se podem continuar a conceber como partes das ordenações particulares postas pelo Estado e dedutivamente inferíveis a partir do Direito positivo. Como seja, também, a tese do carácter pluralístico das nossas fontes de Direito, não mais compagináveis nem com o monopólio do direito legal, aplicável a cada caso como algo previamente determinado, nem com um estratégico escalonamento das mesmas fontes, feito em função desse monopólio. Monopólio e escalonamento dificilmente conciliáveis com o protagonismo assumido pela criação jurisprudencial do Direito que se revela campo de acção privilegiado para os princípios jurídicos gerais⁶⁷⁹. Aqueles a que Esser dá também o nome de pensamentos jurídicos básicos, cuja vigência e eficácia não estão dependentes de uma expressa formulação positiva, constituem elementos valorativos, dinâmicos, constantemente mobilizados enquanto substrato argumentativo ou ponto de partida de raciocínios judiciais. Assim entendidos, estes princípios dão origem àquilo que o autor vê como o fenómeno da moderna “jurisprudência de princípios”, capaz de fazer desequilibrar o edifício tradicional das fontes de Direito⁶⁸⁰. E não apenas pelo facto de reconhecer à jurisprudência verdadeira legitimidade e capacidade criativa de Direito. Ou, pelo menos, não apenas por lhe reconhecer essa virtualidade aquando da mobilização de princípios sem prévio suporte legislativo.

Aquilo a que a obra de Esser abre as portas é sobretudo ao complexo e consistente mundo da hermenêutica jurídica; ao seu enorme potencial transfigurativo, que se irá imprimir de forma indelével na face da teoria jurídica. Que irá constituir o núcleo gerador da criatividade jurisprudencial. Talvez seja excessivo dizer que os princípios esserianos são instrumentais para o objectivo mais profundo que o jurista alemão se propõe alcançar. Mas, de certo modo, essa acaba por ser uma das possíveis leituras. Um objectivo que passa por mostrar as razões e a medida da insuficiência normativa e da

⁶⁷⁸ Cfr. Josef ESSER. *op.cit.*, p. 19. Sobre a questão, ver igualmente Margarita BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, em especial o cap. 2, pp. 43 e ss..

⁶⁷⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 14, 19.

⁶⁸⁰ Cfr. *ibidem*, p. 11.

prévia indeterminação daquele Direito formal, legislado, que alguns têm como acabado. Insuficiência e indeterminação que são prévias ao momento da aplicação concretizadora desse Direito; prévias à mobilização de elementos como os princípios jurídicos gerais; prévias à entrada em jogo do intérprete e da actividade interpretativa. Esser procura convocar um conjunto de elementos que lhe permitam fundamentar a rejeição de uma noção acabada e perfeita de sistema jurídico, operado por uma lógica formal e por um pensamento axiomático. Um quadro em franco desacordo com a própria realidade jurídica, que ele vai tentar desmontar através do actual protagonismo de uma casuística principialista⁶⁸¹. Largamente inspirado nas correntes jusmetodológicas realistas, analíticas e sociológicas mais caras à jurisprudência norte-americana da primeira metade do século XX, encontra nelas um fundamental estímulo para reflectir sobre as extraordinárias transformações operadas ao nível da interpretação jurídica a partir da viragem do século, e dos inevitáveis reflexos em que estas se traduziram a nível do próprio conceito de lei e de fonte jurídica⁶⁸². A coloração principialista pode não ser accidental, mas é talvez mais acessória do que essencial a toda esta nova dinâmica processual e, mais do que processual, cultural. Os princípios são, por definição, mais gerais do que as regras, mais ambíguos e discricionais, dotados de um potencial significativo particularmente rico e complexo. Sempre que convocados, vão obrigar a

⁶⁸¹ Cfr. *ibidem*, pp. 31, 33. Analisando o relevo metodológico do contributo hermenêutico-filosófico de Esser, e o peso decisivo que nesse contexto desempenham os princípios normativos, Fernando Bronze observa que, para o autor alemão, a primeira leitura jurídico-normativa que o juiz fizer da questão decidenda, em obediência à própria pré-compreensão da relevância jurídica do caso, terá que se ver posteriormente confirmada e legitimada por um juízo de adequação metódica e material. “A justeza desta conclusão”, esclarece o autor, “encontra o seu fundamento último na sintonia dos princípios normativos que constituem o travejamento axiológico da juridicidade do sistema de direito”. Cfr. Fernando José BRONZE, *A metodonomia entre a semelhança e a diferença*, pp. 493-495.

⁶⁸² “Este ensaio”, começa o autor por dizer, “parte de uma contraposição da nossa doutrina oficial e da criação judicial no continente com a prática e actual teoria da *common law*. Tal proceder não se justifica apenas pelo fim didáctico de ilustrar e controlar as nossas ideias com o contraste de um sistema que reconhece aos tribunais autoridade legal para a criação de *principles* e *rules*. Devemos à teoria da *common law*, além do alargamento de horizontes que supõe o ter-nos livrado do monopólio do poder legislativo, o desenvolvimento de uma «escola analítica» sociológica da jurisprudência, que aplicou com todo o rigor o programa de uma *recherche clinique* da criação judicial, e que, além disso, considera de modo geral o direito não como uma continuidade estática, mas antes, desde o ponto de vista da profissão judicial, como algo que se encontra sempre em *statu nascendi*, estudando-o, pois, tal como opera (...)”. Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, pp. 24 e ss..

um maior esforço de densificação e determinação por parte do intérprete. Ao fazerem parte de um ordenamento jurídico, representam um componente em relação ao qual aquela indefinição e indeterminação se revelam mais notoriamente; um elemento que põe em maior evidência, digamos, as virtudes criativas do labor hermenêutico. Mas como chegam a fazer parte e que lugar ocupam no contexto de uma ordem jurídica estes princípios jurídicos?

Sem curar de saber – porque, pelo menos para já, não se prende com os interesses que nos movem – se o chamamento que Esser faz dos princípios o torna jusnaturalista ou antes o faz abrir portas ao juspositivismo, interessa-nos sobretudo a perspectiva hermenêutica que assume o autor ao entender estes princípios enquanto *topoi*, pontos de vista discricionais da apreciação jurisprudencial⁶⁸³. Os princípios surgem, para Esser, como decantação da prática judiciária, ao mesmo tempo que são tidos como fundamento de ordem e validade do próprio ordenamento. Como decantação da prática judiciária na medida em que, embora podendo já ser previamente oferecidos na estrutura positiva de um dado ordenamento, só adquirem verdadeira “forma e substância” através da prática jurisprudencial⁶⁸⁴. Esser desde logo reconhece a impossibilidade de separar previamente os princípios de um ordenamento positivo, sejam eles partes do ordenamento jurídico material ou princípios teóricos ou práticos da construção jurisprudencial, dos princípios

⁶⁸³ Constatando que a doutrina continental se mostra ainda excessivamente dependente da descrição e sistematização dogmática das instituições legais – “como se representassem o actual conjunto do direito” –, Esser reconduz esta ideia à jurisprudência norte-americana, em que a instituição legal e o preceito codificado constituem tão-só uma categoria dentro dos factores e materiais que intervêm na formação da sentença, entre lógica, princípios e conceitos de direito, precedentes e outros tipos de *rules*. “Todos estes factores contribuem para determinar o processo de «interpretação» e «apreciação» ou «classificação» do caso, em que a unidade do «sistema», considerando o necessário antagonismo de diversos factores e princípios, não radica num *corpus iuris* previamente dado, antes cada vez se instaurando novamente no acto de interpretação. Deste modo, os princípios de direito também não são elementos estáticos de uma construção escolástica fechada, mas antes *topoi*, pontos de vista discricionários da apreciação jurisprudencial, base autorizada e legal da argumentação”. Cfr. *ibidem*, p. 27; 237. Para uma visão crítica do conceito de princípio em Esser, cfr. Juan Manuel RODRÍGUEZ CALERO, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004, em particular pp. 101-105.

⁶⁸⁴ Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 311. Nas proféticas palavras de Haesaert, “chega um momento em que a interpretação submerge o texto; a *lex* cai no esquecimento, o *ius* faz autoridade”. Para Esser o princípio cresce da prática e com a prática, e o que recebe da doutrina não é vida, senão forma. Cfr. *ibidem*, p. 316. De referir, apenas, que, para Esser, o motivo visível para, historicamente, remeter para os princípios gerais do direito, foi a urgência na resolução do problema das lacunas. Cfr. *ibidem*, p. 185.

da “mera” ética jurídica. E reconhece também que mais difícil será, porventura, fixar a linha divisória entre um princípio “teorético” da doutrina e um que seja determinado pelos problemas, e seja, portanto, necessariamente, “imaneente” a uma instituição⁶⁸⁵.

Talvez seja que a indeterminabilidade dos conteúdos principialistas se estenda à sua própria forma. Daí as suas potenciais virtudes, mas também as suas potenciais imperfeições.

Pretende o autor alemão, acima de tudo, pôr em evidência as insuficiências do modelo jurídico oitocentista, codificado e saturado de dogma⁶⁸⁶. Sobre a noção de princípio vai edificar grande parte do seu trabalho crítico, constatando que “a crescente complicação das tarefas jurídicas e as falhas cada vez mais frequentes do poder legislativo (...) obrigam a voltar a atenção para aquela multiplicidade de ideias e princípios jurídicos não sistematizados que, na prática, sempre foram o apoio da casuística jurisprudencial e que, se se negavam, era apenas pelo desejo de encerrar axiomáticamente todas as verdades jurídicas num sistema lógico de conceitos”⁶⁸⁷. Princípios que, enquanto pontos de partida do raciocínio jurídico e judiciário, se revestem de um extraordinário valor heurístico, não dogmático⁶⁸⁸, e cuja mobilização não acontece apenas a título excepcional, enquanto “saídas de urgência oficiais” pensadas pelo legislador para esconjurar o delicado (pseudo) problema das lacunas, nem pela mera remissão às chamadas cláusulas jurídicas gerais ou a conceitos indeterminados⁶⁸⁹. O recurso aos princípios gerais faz-se porque o procedimento normal

⁶⁸⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 197 e ss..

⁶⁸⁶ Um modelo em que “os princípios elementares de justiça se vejam obrigados a levar uma existência dissimulada fora da sistemática legal, a não ser que tenham podido insinuar-se no conteúdo de justiça dos conceitos e nas cláusulas gerais e *standards*”. Cfr. *ibidem*, p. 185.

⁶⁸⁷ Diz-nos Esser que esta transformação, que surge aos olhos legalistas como uma crise funcional dos métodos de interpretação, constitui um facto, e não uma questão de permissibilidade que se possa resolver dogmaticamente. Cfr. *ibidem*, pp. 33-34.

⁶⁸⁸ Assim qualifica o autor o conceito de princípio em todo o autêntico Direito do caso. “Do mesmo modo que todo o *case law*, com o seu método pragmático, cede com gosto, com todo o respeito mas sem inveja, ao método idealista do direito codificado a vantagem do «sistema», assim também os seus princípios renunciam a toda a forma de validade axiomática”. Cfr. *ibidem*, p. 237. Sobre este assunto, ver também, Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 120 e ss.

⁶⁸⁹ Pseudo-problema que só surgiria se se partisse daquele conceito estadual de lei, não tendo em devida conta nem a missão normativamente criadora da jurisprudência, que não depende do reconhecimento do

da construção jurídica não é imaginável sem ele e sem a elaboração judicial. “O pensamento jurídico que até agora argumentava atendo-se rigidamente «à lei», deve-se atrever a tomar como base da sua argumentação princípios que só muito dificilmente se podem fundamentar na lei, mas que, segundo a *communis opinio doctorum*, formam parte do conjunto do Direito”⁶⁹⁰. Difícil é conceber a apologia deste pensamento e discurso jurídicos principialistas e não prestar a devida homenagem aos seus fundamentais mediadores, que acabam por ser responsáveis por aquela elaboração judicial: os intérpretes. E é precisamente esta dimensão do trabalho de Esser, a incidir nos desenvolvimentos da hermenêutica jurídica, de que é testemunha e partícipe o autor, que sobretudo desperta o nosso interesse. Pela sua profundidade e, simultaneamente, pela sua extrema actualidade.

Esser atribui à jurisprudência anglo-americana o mérito de se ter antecipado ao jurista continental no reconhecimento dos elementos “volitivos” da interpretação. Volitivos, ou emotivos, porque não exclusivamente lógico-rationais⁶⁹¹. Reconhecer na interpretação, enquanto actividade e resultado dessa actividade, a marca indelével do sujeito intérprete, é humanizar essa mesma arte. Esser refere-se a esta capacidade transformadora da interpretação, na medida da sua dimensão subjectiva, como a calcanhar de Aquiles de uma doutrina e jurisprudência que se queria fazer mecânica e reprodutiva a partir do uso de textos claros e determinados. Muito curiosamente, refere-se-lhe também - precisamente enquanto via para compreender e tornar compreensíveis normas previamente dadas, mas não aplicáveis mecanicamente - como o campo de

legislador, nem a hierarquia e multiplicidade de todos os componentes do *corpus iuris*. Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 192.

⁶⁹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 32. Na esteira de Kelsen, que vê em Esser um jusnaturalista, ao entender este as normas jurídicas como provindo da natureza das coisas, também Alfonso García Figueroa reconhece que a plena confiança de Esser na existência de uma série de princípios universalmente válidos corresponde a uma das grandes aspirações jusnaturalistas, que é a da elaboração de uma jurisprudência universal. Isto apesar da expressa intenção de Esser em se afastar dessas mesmas posições jusnaturalistas. Cfr. Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *op.cit.*, pp. 123 e ss.. Para lá desse reparo, apoiando-se na crítica de García Amado, aponta García Figueroa o dedo a algumas insuficiências metodológicas da construção de Esser: “conceitos como «naturalis ratio» ou «aequitas» são de uma vagueza insuportável; a chamada «lógica jurídica», num sentido de lógica material à imagem da «lógica do razoável» de Recaséns, oposta à lógica formal, carecem de uma fundamentação profunda e, por fim, a teoria da natureza da coisa, apesar de merecer grande consideração por parte de Esser, resulta verdadeiramente insustentável”.

⁶⁹¹ Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 239.

forças em que se jogam as possibilidades e vias para a racionalização do processo de aplicação do direito⁶⁹². E mostra-se devedor da obra de Bülow que, com a exaltação das influências exercidas na decisão pela posição pré-positiva do juiz, teria permitido a Isay reconhecer e trabalhar a presença daqueles elementos volitivos nos processos interpretativos⁶⁹³. Com este reconhecimento, é toda a face da actividade interpretativa que se vê, de modo irreversível, alterada. Tanto nos sistemas de direito codificado como nos casuísticos, a interpretação de um texto não surge nunca como o início de um processo cognoscitivo. Quando acontece, ela está já sempre situada, entre a compreensão prévia da situação subjectiva e as finalidades do ordenamento concreto em que acontece, “sob a perspectiva de princípios jurídicos existentes que historicamente não vêm dados como positivos”⁶⁹⁴.

Mobilizando todo o momento de aplicação do Direito uma cadeia de processos interpretativos⁶⁹⁵, esta acepção de interpretação acaba por contender com um tradicional entendimento do Direito e da sua criação. A aplicação do Direito não se poderá nunca configurar como uma mera reprodução de um conjunto de normas pré-determinadas numa concreta realidade problemática. Daí a constatação de Esser segundo a qual, em

⁶⁹² Cfr. Josef ESSER, “La interpretación”, correspondendo integralmente ao capítulo V do seu livro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, (*Precompreensão y elección de método en el hallazgo del derecho aplicable*), de 1970, trad. esp. Marcelino Rodríguez Molinero, in *Anuario de Filosofía del derecho*, tomo III, 1986, série 1.ª, n.º4.

⁶⁹³ Embora Isay tenha reconhecido a presença destes elementos nos processos interpretativos, rapidamente sentiu necessidade de salvaguardar a racionalidade das decisões encontradas, defendendo a necessidade de as sujeitar ao controlo das normas, e a sua possível rectificação em função dessas mesmas normas. Cfr. Karl LARENZ, *op.cit.*, pp. 80-81. Demarcando-se de algum excesso de voluntarismo, Larenz acrescenta que, “na medida em que Isay só queira dizer que o sentimento jurídico chega com frequência, no processo fático do achamento da decisão, antecipadamente ao resultado – resultado que, para dever ser sustentável, tem, porém, de ser ulteriormente comprovado, através de ponderações metodicamente conduzidas, pode inteiramente concordar-se com ele. Simplesmente, daqui não decorre que essas ponderações, que, ao invés do que opina Isay, também se referem ao valor da justiça, sejam alguma coisa de secundário ou, no fundo, supérfluas”.

⁶⁹⁴ Cfr. Josef ESSER, *Principio y norma*, p. 326. Citando Radbruch, Esser observa que “a interpretação é, pois, o resultado do seu resultado”.

⁶⁹⁵ Embora a interpretação seja um pressuposto fundamental de qualquer aplicação do Direito, aplicação e interpretação jurídicas são actividades que não se confundem, podendo nós proceder a um acto interpretativo sem com ele ter em vista uma concreta aplicação. Cfr. Vittorio FROSINI, *op.cit.*, pp. 97 e ss..

Direito, toda a reprodução de normas traduz uma verdadeira produção normativa, sendo que, tanto no domínio do direito codificado como no do casuístico, imanente a todo o processo de reconstrução normativa está um momento de criação⁶⁹⁶. Mais uma vez, é manifesta a crítica à doutrina do sentido claro, que tornaria supérflua qualquer interpretação⁶⁹⁷. Cada aplicação da lei é já interpretação, pelo que decidir que o teor literal de um texto é tão inequívoco que torna dispensável a interpretação tem que advir de um acto interpretativo⁶⁹⁸. Curiosamente, Esser recorda que com a expressão *iuris interpretatio* se identifica a clássica denominação genérica da investigação do Direito no litígio, ou seja, a própria actividade judicial em geral⁶⁹⁹. Pelo que não constitui sacrilégio algum a perspectiva que agora se assume. Mais controversa considera Larenz ser a excessiva subvalorização a que Esser parece votar os textos legais e a própria figura do legislador em todo o processo de construção do Direito, ao reconhecer como Direito vigente aquele que é em primeira mão determinado pela actividade decisória dos juízes. Considerando a decisão como um momento invariavelmente anterior, no tempo, à própria fundamentação da mesma, Esser entende esta fundamentação jurídica como uma mera “demonstração da compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado”. E embora não descarte a possibilidade de este procedimento corresponder ao efectivamente adoptado pela maioria dos juízes, e não excluindo mesmo a possibilidade de, aos olhos da nossa cultura jurídica, tal procedimento ser correcto, Larenz não deixa de sublinhar a necessidade de esclarecer que outras vias,

⁶⁹⁶ Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 326.

⁶⁹⁷ Observa Frosini que o aforismo latino, no seu significado original, tinha uma função específica: a de fazer prevalecer a vontade do legislador sobre a do comentarista. “Mas no uso corrente, foi adquirindo o sentido irreflexivo e enganador de que se pode prescindir da interpretação da mensagem legislativa quando esta é clara em si mesma”. Cfr. Vittorio FROSINI, *op.cit.*, p. 98.

⁶⁹⁸ Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 323.

⁶⁹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 323. O que demonstra que quando se defende o aforismo *in claris non fit interpretatio*, se confunde o ponto de partida com o ponto de chegada, como observa Zaccaria: “longe de ser pré-condição garantida, a clareza é o resultado de um procedimento intelectual, que é precisamente o procedimento interpretativo”. Partindo da distinção, que reconduz a Guastini, entre disposição e norma, onde pela primeira se entende o enunciado ainda por interpretar e pela segunda se entende a disposição já interpretada, ou seja, o conteúdo de sentido da disposição, constata o jurista italiano que “«no início» temos o texto jurídico normativo, «no final» temos o enunciado que serve de guia para a decisão sobre o caso concreto. O terreno de ligação e de passagem, «do início» «ao fim» do procedimento é representado pela interpretação”. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 117. Veja-se ainda o que a este propósito ensina Prieto Sanchís, *supra*, pp. 144 e ss..

suficientemente controláveis, são as que se oferecem ao juiz, para que ele encontre a decisão correcta, quando o caminho legal só num segundo momento é tido em consideração⁷⁰⁰. Mas aqui, mais uma vez, é aos princípios jurídicos não positivados e a pautas de valoração extra-legais que Esser recorre, reiterando o autor a respectiva natureza plástica, enquanto elementos que só se determinam verdadeiramente no decurso da própria actividade hermenêutico-decisória. “Só a casuística nos diz o que é o Direito”, afirma o autor, para mostrar que a norma nem sequer se pode conceber como retirada do princípio através da interpretação, antes resultando de uma verdadeira síntese judicial. Síntese judicial em que, lado a lado com o direito positivo e os princípios superiores que guiam o juiz, um papel fundamental é reconhecido aos próprios pressupostos de facto que, determinando, em última análise, o sentido a atribuir àqueles, se vêem simultaneamente determinados por eles. Diluída fica a tradicional distinção entre os momentos de criação e de aplicação do Direito⁷⁰¹. Verdadeiramente não existe, nem terá existido nunca, aquilo a que tradicionalmente chamamos aplicação judicial. Pelo menos não num sentido puro⁷⁰². A própria distinção entre o chamado *law in the books* e o *law in action* deixa de fazer grande sentido. O verdadeiro Direito é o que resulta do *law in the books in action*. E que não está previamente em nenhum destes fragmentários pólos⁷⁰³. Diluída fica também essa desde sempre tão cara discriminação entre o universo jurídico e o universo factual. Entre a matéria de Direito e a matéria de facto. Diz-nos Esser que aquilo que ao intérprete/jurista ocidental compete fazer, antes de mais nada, é que decida se o caso em apreço cai ou não sob a alçada de determinada norma de Direito e se está ou não está regulamentado por essa. “Mas o que significa cair sob uma norma ou não estar regulado por esta, se o processo não é necessário nem automático, estando antes dependente do «caso» que aqui veja e construa o juiz? (...) Quando uma lei processual fala da «apreciação dos factos», o que pretende é fazer crer, apelando a uma ideia convencional, que a questão de facto se pode separar claramente da questão de Direito. Mas a verdade é que tal separação não é possível, nem na

⁷⁰⁰ Cfr. Karl LARENZ, *op.cit.*, p. 195.

⁷⁰¹ Cfr. Josef ESSER, *op.cit.*, p. 195.

⁷⁰² Cfr. *ibidem*, p. 332. “Por se dar conta que esta força realmente normativa da jurisprudência, há já muito tempo que a escola realista reconheceu que uma aplicação do direito em sentido tradicional não existe”.

⁷⁰³ Sobre o sentido de cada um dos pólos desta distinção, cunhada por Roscoe Pound na viragem do século XIX para o XX, cfr. *ibidem*, pp. 25-26.

selecção do caso nem na apreciação da norma”⁷⁰⁴. A selecção e qualificação dos factos como juridicamente relevantes obriga a uma leitura dos factos condicionada por aquela juridicidade, da mesma forma que a determinação da norma aplicável ao caso, mediada por um processo interpretativo, resulta de uma leitura inequivocamente comprometida da mesma. Comprometida com aquela mesma facticidade prática. E nesta confluência radica necessariamente o centro de gravidade da decisão⁷⁰⁵. É isto que faz Gregorio Robles defender que toda a norma resulta de uma decisão. E que este terreno, o da teoria da decisão, é o mais adequado para tratar o grande tema da justiça, que o positivismo tornou o mais marginalizado dos temas da teoria jurídica tradicional⁷⁰⁶.

3. Reconfiguração hermenêutica das fontes de Direito. A textura aberta da linguagem (jurídica) e a discricionariedade judicial

Esser não foi o único pensador a ter, ao longo do século XX, dado voz àquilo que se pode já dizer uma evidência: a dinâmica normativamente constitutiva que a jurisprudência inequivocamente imprime no universo da juridicidade. Por um lado, é o próprio que se mostra em dívida para com o pragmatismo e realismo jurisprudenciais norte-americanos, reconhecendo nas respectivas teorias e práticas elementos muito pertinentes para uma concepção predominantemente jurisprudencialista do Direito. Por outro lado, o próprio Esser, como de resto as tendências jurisprudencialistas manifestadas pela teoria da *common law*, não são imunes a todo o quadro de

⁷⁰⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 323-333.

⁷⁰⁵ No mesmo sentido vai o clássico texto de António Castanheira NEVES, *Questão-de-facto-questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade*, Coimbra, Almedina, 1967.

⁷⁰⁶ Um terreno que o autor considera nuclear à produção e desenvolvimento de toda a ordem jurídica. “Se é certo que o direito pode ser visto como um conjunto de regras ou de normas, não o é menos que pode ser contemplado como um conjunto de decisões. Tenha-se em conta, em primeiro lugar, que toda a norma é o resultado de uma decisão; não há norma se não há decisão; a norma pode ser vista como o conteúdo da decisão. Mas além disso há que sublinhar que toda a decisão jurídica é, ou o antecedente, ou o conseqüente da norma. Por exemplo, quando o legislador cria a lei, a decisão própria do legislador é o antecedente da norma criada, da lei; e quando o juiz aplica a lei, fã-lo também em virtude da sua própria decisão criando a sentença”. Cfr. Gregorio ROBLES, *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p. 100.

transformação que caracteriza os domínios da linguagem e da interpretação na viragem do século XIX para o século XX. Um quadro que, como tivemos oportunidade de realçar na primeira parte deste trabalho, vai ser responsável por profundas transformações, operadas a partir de então, na teoria do conhecimento em geral, com fortíssimas repercussões nos mais variados domínios. No jurídico, sem sombra de dúvida, com a explosão de movimentos e correntes que souberam, com maior ou menos mestria, assimilar todas as implicações que para o Direito encerravam aquelas transformações linguísticas e hermenêuticas. Transformações que, não se reduzindo à atribuição ao intérprete de um inevitável protagonismo na determinação dos sentidos, não deixaram de apontar largamente nessa direcção. A fecunda natureza constitutiva da linguagem, praticamente irrevogável a partir dos trabalhos linguísticos de Humboldt, ainda no final do século XVIII, acaba por colidir, a seu tempo, com os dogmas oitocentistas das fontes e da interpretação jurídica! E, agora, parecem ganhar novo sentido algumas das reflexões que a esse propósito fomos fazendo ao longo destas páginas. Para além desta fecunda natureza constitutiva da realidade linguística, outros dos seus traços mais marcantes foram sendo postos em relevo quer pela filosofia da linguagem quer pela própria filosofia do Direito contemporânea: a sua plasticidade, a sua natureza contextual, a sua peculiar ambiguidade. Traços que se poderiam sintetizar⁷⁰⁷ com a clássica fórmula da textura aberta da linguagem, expressão com a qual, para além de se identificar aquela natural ambiguidade e imprecisão da linguagem, se refere a radical indeterminação significativa da mesma. Falar na textura aberta da linguagem, implica reconhecer que a determinação dos possíveis sentidos de uma formulação linguística resulta do uso e do concreto jogo linguístico em que as palavras são utilizadas, no sentido de não ser possível fixar o sentido de um conceito de uma vez por todas⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Cfr. Pedro SERNA, (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 2.

⁷⁰⁸ O conceito de “textura aberta” terá sido empregue originariamente pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann, discípulo de Wittgenstein, e de quem este se vem, posteriormente, a distanciar Cfr. v.g. Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA, *op.cit.*, pp. 47-48. Sánchez Cámara, apoiado em Waismann, alerta para o risco de confundir textura aberta com vaguidão: enquanto esta pode ser remediada com recurso a regras mais precisas, aquela não: “é uma característica de muitos conceitos empíricos, ainda que não de todos. Mas isso significa que não podemos prever nunca, por completo, todas as possíveis circunstâncias em que um enunciado que contém conceitos com textura aberta é verdadeiro ou falso”. Sobre o conceito de textura aberta em Waismann, Wittgenstein e Hart, cfr., v.g., Brian BIX, *Law, language and legal*

Pelo que, transpostos estes traços para a linguagem jurídica, também ela feita daquela linguagem vulgar que se vê caracterizada por uma *determinante textura aberta*, se vem a concluir pela impossibilidade de uma leitura – e posterior aplicação – unívoca de todas as normas⁷⁰⁹.

Integrada por Herbert Hart na reflexão jurídica que leva a cabo, nomeadamente, no seu histórico *O Conceito de Direito*, a noção de textura aberta do Direito vem a fundamentar um aspecto decisivo da sofisticada perspectiva positivista cuja defesa o autor empreende⁷¹⁰: o reconhecimento da inevitável discricionariedade de que goza o poder judicial. Uma inevitabilidade que se tornou, de resto, imagem de marca do juspositivismo do século XX. A esta discricionariedade se abrem as portas sempre que entra em jogo a textura aberta do Direito, impondo uma determinada zona de penumbra que toda a regra apresenta para lá do seu núcleo de certeza. Isto é, há situações – casos centrais nítidos, na expressão de Hart – em que a aplicação de uma dada regra não oferece dúvidas, pois claramente se enquadram sob o seu domínio de aplicação. Constituem estas, sem dúvida, a maioria dos casos. Outras situações, no entanto, fazem

determinacy, Oxford, Clarendon Press, 1993, max. I cap.; e também Timothy ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 37 e ss.

⁷⁰⁹ Cfr. Pedro SERNA, *op.cit.*, p. 1-3. Com este esclarecimento, procura Serna traduzir parte da fundamentação da obra de autores e correntes que, ao longo do final do século XIX e princípios do século XX, reflectiu a decadência dos dogmas da racionalidade da lei e da divisão de poderes, apelando ao reconhecimento das dimensões não lógicas da aplicação do direito.

⁷¹⁰ *Soft positivism*, na expressão do próprio, é como Hart qualifica a sua própria posição no *post scriptum* com que, 32 anos depois de ter escrito *O Conceito de Direito*, vem reflectir e responder a toda a literatura crítica que em torno daquela sua obra se foi desenvolvendo. Cfr. Herbert L.A.HART, *The Concept of Law*, 1961, trad.port. A. Ribeiro Mendes, *O conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.^a ed., com um *Pós-escrito* editado por Penélope Bulloch e Joseph Raz, p. 312: “O Positivismo Moderado”. Tese interessante é a de Rafael Escudero Alday, para quem um *soft positivism* não é, pura e simplesmente, positivismo. O verdadeiro positivismo não quer qualificativos e mantém as teses que o definem. E que são “a separação conceptual entre o direito e a moral, a tese das fontes sociais do direito e a tese da discricionariedade judicial. Um positivismo jurídico que exclui a moral enquanto instância valorativa, dos mecanismos de identificação do direito; que rejeita o critério material de validade normativa; e que aceita, sem nenhum problema, uma margem de discricionariedade judicial em sentido forte.” Teses que, no seu entender, são preservadas pela aceite reconstrução de Hart. Cfr. Rafael ESCUDERO ALDAY, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, p. 260.

parte daquele grupo de casos em que a norma se apresenta de incerta aplicação, em que “há razões tanto para afirmar como para recusar que se aplique”⁷¹¹. Situações que podem ou não cair sob a alçada daquela orla de imprecisão que é reconhecida a toda a regra jurídica verbalmente formulada, pelo simples facto de nos empenharmos em “colocar situações concretas sob a alçada de normas gerais”⁷¹². É nestes casos que nos podemos deparar com a necessidade de o juiz ter que decidir sem recurso às regras de Direito existentes, usando da sua capacidade discricionária. Nestes termos, podemos dizer com Brian Bix, que a linguagem, e a sua radical indeterminação, representam para Hart um limite ao formalismo jurídico, ao mesmo tempo que justificam a inevitabilidade da discricionariedade judicial⁷¹³. Uma discricionariedade que se mantém, no entanto, reservada aos tais casos duvidosos, encerrados sob a abrangente noção de *casos difíceis*. Pelo que é comum considerar o autor, no que toca à problemática da interpretação jurídica, a meio do caminho entre o formalismo e o realismo jurídicos. Nem sempre há um estrito vínculo entre a decisão e uma regra jurídica pré-existente, mas a margem de discricionariedade e consequente capacidade normativamente criativa de que goza o magistrado só entra em acção perante os casos duvidosos. Perante aquelas situações de facto “continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que faltam outros”. E os “casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser «automático» são apenas os casos familiares que estão

⁷¹¹ Cfr. Herbert HART, *op.cit.*, p. 134.

⁷¹² Cfr. *ibidem*, p. 134.; a essa margem de imprecisão se refere igualmente Zaccaria, ao observar que “em linha de princípio, a distância que separa a universalidade da lei e a concreta situação jurídica no caso singular é incolmável, a não ser no momento da aplicação: o significado está estreitamente entrelaçado às circunstâncias, aos factores vitalmente determinantes do contexto”. Uma margem de imprecisão que sempre estaria presente no momento da aplicação, e que sempre decorreria da própria porosidade de todos os conceitos descritivos da norma jurídica, limite intransponível apontado pelo autor à teoria analítico-linguística. O mesmo argumento serve para criticar a própria tese hartiana de uma incerteza interpretativa circunscrita às margens da linguagem normativa, pelo risco que isso implicaria de termos que, num número relevante de casos, negar a possibilidade de interpretação do direito. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 183; Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 43.

⁷¹³ Cfr. Brian BIX, *op.cit.*, pp. 1-10.

constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios”⁷¹⁴.

Esta porta aberta à discricionariedade judicial, nos termos delineados, viria a ser um dos principais objectos de crítica que ao autor inglês viria a dirigir o até então bastante discreto jurista norte-americano Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously* é o título do trabalho em que o autor se propõe lançar o seu ataque contra o positivismo em geral, reconhecendo Hart como alvo preferencial. E isto porque, para além de admirar a clareza e elegância da proposta de Hart, reconhece-a igualmente como a versão contemporânea mais poderosa do positivismo⁷¹⁵.

E a estratégia crítica com que Dworkin se propõe desmontar aquele poder discricionário, tece-a o autor a partir de um dado elementar da sua concepção de Direito: a presença indefectível de princípios jurídicos, em sentido amplo, como parte integrante de uma ordem jurídica. Princípios cuja natureza jurídica transforma o direito numa autêntica “rede sem fissuras”⁷¹⁶, capaz de em si mesmo conter a resposta necessária a qualquer caso que possa surgir e de, assim, eliminar a margem de discricionariedade de que, de outra forma, a jurisprudência poderia dispor. Mesmo perante os casos difíceis, sejam aqueles que levantam dúvidas sobre a aplicabilidade ou não de uma regra explícita, ou aqueles outros que pura e simplesmente não tenham sido previstos por um dado ordenamento, cabe sempre o recurso a normas que não funcionam como regras, mas que operam diferentemente, sejam elas princípios, políticas, ou outro tipo de critério⁷¹⁷. Critérios que, contrariamente às regras propriamente ditas, não actuam de acordo com uma lógica de “tudo ou nada”, antes sugerindo razões para seguir um determinado caminho⁷¹⁸. No pós-escrito em que consubstancia a resposta a Dworkin, Hart entende este aspecto dos princípios jurídicos como configuração do seu carácter “não conclusivo”⁷¹⁹ e, admitindo não ter insistido

⁷¹⁴ Cfr. Herbert L.A.HART, *op.cit.*, p. 139.

⁷¹⁵ Cfr. Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, trad. fr. Marie-Jeanne Rossignol, Frédéric Limare, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, pp. 41-42, 72,79.

⁷¹⁶ A expressão, dirigida à teoria elaborada por Dworkin, é de Escudero Alday. Cfr. Rafael ESCUDERO ALDAY, *op.cit.*, p. 33.

⁷¹⁷ Cfr. Ronald DWORKIN, *op.cit.*, pp. 79-80. A expressão que traduzimos por *políticas, policies* no original, é frequentemente traduzida por *directrizes*.

⁷¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 84 e ss..

⁷¹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 323.

suficientemente na sua importância para o julgamento e para o pensamento jurídico, rejeita a acusação segundo a qual a teoria jurídica por si desenvolvida na obra em questão não contemplaria a presença nos sistemas jurídicos destes princípios. “Penso, de forma segura, que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante do julgamento e do raciocínio jurídico, e que isso devia ser assinalado através de uma terminologia apropriada. Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva delas. Mas também é seguro que não tencionava sustentar, através do uso que fiz da palavra «regra», que os sistemas jurídicos só contêm regras de «tudo ou nada» ou regras quase conclusivas. Não só chamei a atenção para o que designei (talvez de forma infeliz) como «padrões jurídicos variáveis», que especificam factores que devem ser levados em conta e ponderados com outros, mas tentei explicar por que razão algumas áreas de conduta eram adequadas para serem objecto de regulação, não através de tais padrões variáveis, como o de «diligência de vida», mas antes por regras quase conclusivas ...”⁷²⁰. Estas considerações não alteram, de modo algum, a perspectiva de Hart quanto à discricionariedade de que dispõe o juiz na hora de resolver certas situações. Em certa medida, pelo contrário. Pois aquele que tiver que decidir com recurso a estes princípios, ou “padrões jurídicos variáveis”, vai certamente ter que fazer opções dentro daquele espaço de variabilidade. Poder-se-ia dizer que a partir do momento em que o princípio jurídico impõe determinadas barreiras, essas constituem o limite da discricionariedade. Enquanto a decisão se mantiver dentro desses extremos, não será legítimo falar em discricionariedade, em sentido próprio. Essa precisamente uma das linhas argumentativas de Dworkin⁷²¹.

⁷²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 325.

⁷²¹ Dworkin, para quem Hart deixa de ser positivista a partir do momento em que entenda os princípios como parte integrante da ordem jurídica. Cfr. Ronald DWORKIN, *op.cit.*, pp. 79 e ss.. Hart responde a Dworkin ciente disto mesmo: “Dworkin, que foi o primeiro a fazer valer esta linha de crítica, tem insistido em que os princípios jurídicos só podiam ser incluídos na minha teoria do direito à custa da renúncia às suas doutrinas centrais. Se eu tivesse de admitir que o direito consiste, em parte, em princípios, não poderia, segundo ele, manter coerentemente, como o tenho feito, que o direito de um sistema se identifica através de critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, aceite na prática dos tribunais, ou que os tribunais exercem um poder de criação do direito genuíno, embora intersticial, ou poder discricionário, naqueles casos em que o direito explícito existente não consegue ditar uma decisão, ou que não existe uma conexão importante, necessária ou conceptual, entre o direito e a moral. Estas

Curiosamente, a argumentação de Dworkin faz-nos concordar – ainda que apenas em parte – com Hart. Uma das principais razões que Dworkin opõe à ideia de que os juízes exercem uma competência discricionária, com isso criando Direito que aplicam retroactivamente⁷²², reside na própria fenomenologia da actividade judiciária. A elaboração das decisões e, sobretudo, a imagem que nos é dada pelo discurso dos juízes e juristas em geral sobre o processo dessa elaboração, não denuncia qualquer consciência do recurso a poderes discricionários. A tendência é para não denunciar a existência de casos difíceis, juridicamente não regulados, encorajando a ideia de que o sistema jurídica não tem falhas, pelo que o juiz sempre será remetido para uma solução conforme a um Direito pré-existente. Mas aqui não deixa Hart de ter razão, ao constatar que nem sempre aquilo que os juízes efectivamente fazem coincide com aquilo que dizem fazer⁷²³. E ao constatar igualmente a diferente natureza da criação judicial e da

doutrinas são não só centrais para a minha teoria do direito, mas são consideradas, frequentemente, como constituindo o cerne do moderno positivismo jurídico; por isso, o seu abandono seria uma questão de certa gravidade. Nesta secção da minha resposta considero vários aspectos da crítica de que ignorei os princípios jurídicos e tentarei mostrar que o que for válido nessa crítica pode ser conciliado, sem quais quer consequências sérias para a minha teoria como um todo”. Cfr. Herbert L.A.HART, *op.cit.*, p. 321.

⁷²² Outra das críticas apontadas por Dworkin prende-se com a falta de democraticidade e com a injustiça de um direito que se faz *a posteriori* para se aplicar retroactivamente. Cfr. Ronald DWORKIN, *op.cit.*, pp. 89 e ss.; 153. A isto, Hart responde também no seu pós-escrito, a páginas 338-339. Às críticas de falta de democraticidade, responde com a diferente concepção da divisão de poderes que caracteriza as modernas democracias, pautadas pela clara delegação de competências normativas entre os respectivos poderes. Quanto à acusação de injustiça de um direito aplicado retroactivamente, defende-se com a inexistência, nas situações em análise, de qualquer frustração de legítimas expectativas criadas em face de uma ordem jurídica previamente determinada. Os casos difíceis, aqueles em que, para Hart, se abre o caminho à actuação discricionária dos magistrados, são por definição aqueles que o direito deixou por regular ou que regulou de forma incompleta, e em que, portanto, “não existe um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas”. Debruçando-se detalhadamente sobre as objecções de Dworkin quanto à discricionariedade judicial, cfr., v.g., Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *op.cit.*, pp. 261 e ss..

⁷²³ Herbert L.A.HART, *op.cit.*, pp. 336-337. Para Hart, é preciso saber “distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial”. Analisando a resposta dada por Hart à acusação de Dworkin, Escudero Alday observa que “Hart coloca a distinção entre o que os juízes dizem que fazem no momento de resolver os casos que lhe são apresentados, onde sempre se pode encontrar uma referência à legislação ou à procura de algum precedente, e aquilo que realmente fazem, que em ocasiões consiste em decidir sem o apoio dessa lei ou desse precedente. Falta de apoio legislativo ou jurisprudencial que se produz não

criação legislativa, propriamente dita, de Direito⁷²⁴. Como situação paradigmática, refere a do recurso pelos tribunais aos procedimentos analógicos, quando os mesmos tribunais admitem estar face a casos não contemplados pelo ordenamento. A intenção é a de “assegurarem que o novo direito que criam, embora *seja* direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente. É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juizes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juizes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da «interpretação construtiva» que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin. Mas embora este último processo o retarde, a verdade é que não elimina o momento da criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz”⁷²⁵. Por outras palavras, é pouco provável que um juiz reconheça a inaplicabilidade do Direito, ou de alguma das suas normas. Como pouco provável é que apresente as suas decisões como explícitos processos de escolha. Observa Bulygin que os juizes têm ao seu alcance diversos procedimentos para não aplicar uma norma que

porque o juiz assim o queira, mas simplesmente porque não existe lei ou precedente em que se basear ou então porque, ainda que existam, não oferecem uma única solução aplicável ao caso em questão, senão várias entre as quais tal juiz, de forma discricionária, mas não arbitrária, escolhe”. Cfr. Rafael ESCUDERO ALDAY, *op.cit.*, p. 37.

⁷²⁴ “É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juizes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos, por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos”. Cfr. Herbert L.A.HART, *op.cit.*, p. 336.

⁷²⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 336-337.

considerem injusta sem admitir que o estão a fazer⁷²⁶. Do mesmo modo diríamos que são muito variados os meios de “aplicar Direito sem lhe aplicar as regras”. O que nos deixa a braços com uma difícil delimitação daquilo que possa constituir uma competência jurisdicionalmente discricionária e daquela que possa ser a margem de criação judicial de Direito. Tem razão Max Ascoli quando afirma que determinar em que medida, e com que natureza, é a interpretação do Direito verdadeira criação é uma das mais árduas tarefas entre quantas possam ser afrontadas pela filosofia do Direito⁷²⁷. Hart refere-se a esta criação de Direito por parte dos tribunais como uma criação intersticial, que desponta apenas num exíguo número de situações, e sempre sujeita a inúmeros constrangimentos, formais e substantivos. Discricionariedade não é arbitrariedade. Nem em Hart nem em praticamente nenhum dos autores que hoje defendem essa discricionariedade. E esse é, verdade seja dita, um dos grandes receios dos autores que tentam a todo o custo afastá-la do universo da prática do Direito. Como Dworkin. Só que, talvez como tantos outros grandes pensadores do Direito, ao defender uma determinada posição, Dworkin não deixa de contribuir para o enriquecimento de posições contrárias. O próprio Hart o dá a entender quando, no já mencionado pós-escrito, faz questão de notar que, se em *Taking Rights Seriously*, Dworkin identificava aqueles princípios jurídicos gerais, tão caros à sua concepção, com “a teoria do Direito mais perfeita”, em *Law’s Empire* os entendia já, e às concretas proposições de Direito deles decorrentes, como Direito “em sentido interpretativo”⁷²⁸. Ora, sem nos querermos envolver nesta brilhante contenda – cujos frutos doutrinários terão porventura ultrapassado os propósitos dos próprios autores – mais do que o estritamente necessário, não podemos deixar de nos sentir fascinados por esta concepção interpretativa de Dworkin, não só dos princípios como de todo o Direito. Uma concepção que põe de manifesto o relevo que a própria dimensão cultural assume na constituição do Direito. Ou não? A verdade é que Dworkin nos remete para a ideia de consensos mais ou menos generalizados subjacentes às práticas interpretativas levadas a cabo pelos juristas.

⁷²⁶ Destacando, também ele, a necessidade de distinguir entre aquilo que os juízes dizem que fazem e aquilo que efectivamente fazem, Bulygin constata ser muito pouco provável que um juiz, perante uma situação em que considere ser seu dever moral o de violar a lei, confesse estar a fazê-lo. Cfr. Eugenio BULYGIN, “En defensa de El Dorado, Respuesta a Fernando Atria”, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, p. 74.

⁷²⁷ Cfr. Max ASCOLI, *op.cit.*, p. 13.

⁷²⁸ Cfr. Herbert L.A. HART, *op.cit.*, p. 302.

Consensos gerados internamente, pela partilha de uma determinada formação educativa e vivencial, que acontece no seio de uma específica forma de estar e de pensar o mundo. “As teorias interpretativas de cada juiz baseiam-se nas suas próprias convicções sobre o «sentido» (...) da prática legal como um todo e é inevitável que estas convicções sejam diferentes, pelo menos no detalhe, das de outros juízes. No entanto, uma variedade de forças mitiga estas diferenças e conspira no sentido da convergência. Toda a comunidade possui paradigmas de Direito, proposições a que na prática não se pode objectar sem sugerir corrupção ou ignorância. (...) Os juízes pensam no Direito mas dentro da sociedade e não fora dela; o meio intelectual geral, bem como a linguagem corrente que reflecte e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceptuais sobre a imaginação”⁷²⁹. É pois esta dimensão cultural de uma comunidade – que se pode analisar em círculos mais restritos, como o da própria cultura jurídica e respectiva comunidade interpretativa – que, ao imprimir as suas determinações, tanto nas resistências da dinâmica interpretativa como na promoção da sua convergência, se revela como fundamental, na concepção interpretativa de Dworkin, para a estruturação da respectiva ordem jurídica.

Encaramos com alguma circunspecção a conjugação desta perspectiva jurídico-hermenêutica com as limitações discricionárias que o autor pretende atribuir à jurisprudência. O juiz não goza, para Dworkin, de capacidade discricionária propriamente dita. Aquela que classifica como discricionariade em sentido forte, que só é possível quando uma pessoa está, de um modo geral, encarregada de tomar decisões vinculadas a critérios estabelecidos por uma particular autoridade, não existe na jurisprudência⁷³⁰. Precisamente porque, na medida em que da ordem jurídica fazem parte integrante os princípios, nunca o juiz tem que decidir à margem daqueles critérios. As suas decisões, mesmo aquelas que têm como objecto os casos ditos difíceis, acontecem sempre dentro do enquadramento jurídico, dada a própria natureza interpretativa daqueles princípios. Não há, pois, nem exercício de poder discricionário nem criação de Direito por parte da actividade judicial.⁷³¹

Mas é precisamente esta ideia que nos perturba, à falta de outro termo. Não terão os filósofos da linguagem, do Direito, os hermeneutas e outros pensadores dos mais variados quadrantes, do século XX e de outros séculos, mostrado à sociedade a

⁷²⁹ Cfr. Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, pp. 72-73.

⁷³⁰ Cfr. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, pp. 90-91.

⁷³¹ Cfr. *ibidem*, pp. 90 e ss.; Rafael ESCUDERO ALDAY, *op.cit.*, p. 34.

inevitabilidade de alguma dose de discricionariedade como ingénita à própria actividade interpretativa? O drama / esplendor da prática interpretativa está no facto de se fazer com muito que não está no objecto a interpretar, mas sim no sujeito que interpreta e no próprio contexto em que ocorre a interpretação. Isso implica, ao nível dos seus resultados, uma ineliminável dose de discricionariedade, estejamos nós a tratar da interpretação de normas, de elementos de prova, de situações de facto, ou da formulação de princípios. Em que consiste manter a actividade interpretativa dentro dos limites dos chamados princípios gerais do Direito, se a interpretação, nomeadamente a interpretação que é levada a cabo na actividade jurisdicional, tem a natureza demiúrgica que já lhe fomos adscrevendo⁷³²? A nossa dificuldade está em conceber o conceito interpretativo do direito de Dworkin no âmbito do não positivismo principialista que lhe permite afastar o que para ele parece ser o anátema da discricionariedade da função jurisprudencial. E que lhe permite inclusivamente, ainda que numa dimensão lírico-literária, defender a virtualidade da única solução correcta⁷³³.

Esta mesma natureza da actividade interpretativa, permite-nos, por outro lado, discordar também da posição assumida pelo próprio Hart, que parece reservar a margem

⁷³² Cfr. *supra*, p. 260.

⁷³³ Capaz de alcançar a *one right answer* é o Juiz Hércules, criação ideal de um jurista dotado de uma habilidade, saber e paciência sobre-humanos, que aceita o direito como integridade. Um juiz que, dispondo de toda a informação, da máxima competência profissional e de um tempo ilimitado, acabaria por encontrar a única solução correcta para cada situação. Cfr. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits en sérieux*, pp. 182 e ss.; *idem*, *El imperio de la justicia*, pp. 173 e ss.; *idem*, “Is there really no right answer in hard cases?”, in *A matter of principle*, de que existe uma trad. espanhola de Maribel Narváez Mora, “Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?” in Pompeu CASANOVAS, José Juan MORESO, eds., *El ámbito del jurídico*, pp. 475 e ss.. Sobre a questão da única resposta correcta, ver Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *op.cit.*, pp. 288 e ss.; Tomás-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 38. Sobre o modelo de actuação do Juiz Hércules, Sandra Martinho RODRIGUES, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 65 e ss.. Sustentando abertamente a tese da pluralidade de soluções correctas, no contexto de um novo paradigma jurídico marcado pelo uso do arbítrio judicial, Alejandro Nieto interroga-se sobre quem é que, nos dias de hoje, com um mínimo de experiência judicial, pode ainda defender esta tese. E defendê-la numa versão que não seja a “débil”, conforme a qual essa solução única mais não é do que um ideal, uma ideia regulativa. Fala por isso mesmo na falácia da única solução correcta, a quinta das falácias que entende caracterizarem o paradigma jurídico tradicional. As anteriores quatro seriam, respectivamente, a falácia dos cânones hermenêuticos, a da lógica jurídica, a do determinismo legal e a da invalidade das sentenças ilegais. Cfr. Alejandro NIETO, *op.cit.*, pp. 26-63.

discricionária da actividade jurisprudencial para os casos difíceis, sejam esses os ditos casos de penumbra, ou aqueles que pura e simplesmente não foram previstos pela ordem jurídica. O que significa que relativamente aos outros, aqueles cuja pertença ao núcleo de certeza da norma não oferece dúvidas, casos supostamente fáceis, essa margem não existe. Ora, o problema está aqui. Assentar na existência de um núcleo claro, de certeza, é partir do pressuposto da evidência e da objecta univocidade dos textos. Este é precisamente aquele que Zaccaria aponta como o calcanhar de Aquiles da teoria juspositivista: a tese fundamental segundo a qual o texto da lei se compreende com base apenas nos dados linguísticos⁷³⁴. Se tivermos em conta a natureza da linguagem e da actividade interpretativa, e se não esquecermos que não só com textos de leis lida a jurisprudência, temos que a nítida distinção entre aquele núcleo de certeza da norma e a auréola de penumbra, pode ser tudo menos nítida. Referindo-se à tese de Hart, observa Zaccaria que a definição de uma zona de penumbra pelo autor inglês, ou seja, a área de casos nos quais a norma se apresenta de incerta aplicação, tem como pressuposto necessário uma zona de luz, que identifica o âmbito de casos para os quais a interpretação e a aplicação da norma não são nem dúbias nem controversas. O que Hart esquece, continua Zaccaria, é que o próprio facto de traçar fronteiras entre luz e penumbra, “ainda que esta operação possa aparecer como pacífica e incontestada, é com efeito resultado de toda uma série de decisões interpretativas e fruto do exercício de uma não renunciável discricionariedade”⁷³⁵. A crítica de Castanheira Neves vai também neste sentido, quando sublinha a fluidez e indeterminação dos limites entre o “núcleo” e

⁷³⁴ Cfr. Francesco VIOLA, Giuseppe ZACCARIA, *op. cit.*, pp. 177 e ss..

⁷³⁵ Cfr. *ibidem*, p. 179. Zaccaria mostra como a crítica da teoria hermenêutica jurídica se desenvolveu no sentido de confrontar a teoria silogística com os mecanismos de automaticidade subsuntiva que propugnava. Como antes referimos, para as teses juspositivistas a decisão do intérprete está latente na lei, nos sentidos que esta contém, qual estátua no interior do bloco de mármore, o que permite encarar a conclusão silogística como uma dedução automática. Em sentido contrário, sublinha o autor a presença imprescindível, no desenvolvimento do silogismo, da actividade cognoscitiva, para identificar os possíveis significados de um enunciado normativo, mas também para escolher entre as várias possíveis premissas maiores, num processo essencialmente valorativo. Processo essencialmente valorativo que é também o que tem lugar aquando da fixação da premissa menor, com a selecção, de entre os elementos de facto, dos dados juridicamente relevantes. Actos valorativos que excluem a possibilidade de atribuir aos procedimentos dos juizes a forma e o conteúdo de raciocínios simplesmente dedutivos. Neste sentido, também, Roberto G. MACLEAN, “Judicial discretion in the civil law”, *Louisiana Law Review*, vol. 43, pp. 45 e ss., September 1982, pp. 48-51.

a “auréola” que, em função de novos contextos de aplicação, sempre se pode vir a manifestar. “O próprio núcleo (a determinação estabelecida ou dogmatizada) não é susceptível de imunizar-se à porosidade semântica, já que não podem excluir-se experiências normativo-problemáticas imprevistas ou novas intenções normativas (por ex., pela assunção de novos valores ou princípios) que obriguem a rever o próprio sentido nuclear”⁷³⁶.

⁷³⁶ Cfr. António Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, pp. 21-22.

Capítulo V – A hermenêutica jurídica do século XX: dimensão retórico-argumentativa da jurisprudência. O Direito como *interpretatio*

1. O confronto Betti-Gadamer. Contributo crítico de Castanheira Neves

A clareza destas críticas ganha se recuarmos aos trabalhos magistrais de um dos pioneiros na síntese das transformações linguístico-hermenêuticas características da viragem do século com o pensamento jurídico-filosófico contemporâneo. Foi, precisamente, graças aos trabalhos teóricos e práticos de Emilio Betti, autor de uma *Teoria Geral da Interpretação* que exerceu profundas influências sobre a cultura jurídica europeia, em geral, e sobre as culturas jurídicas italiana e alemã, em particular, que a autonomia da disciplina relativa à interpretação jurídica alcançou, em Itália e muito para lá das fronteiras italianas, o devido reconhecimento científico⁷³⁷. Centrando grande parte das suas reflexões jurídico-hermenêuticas nas relações entre autor e intérprete, entre legislação e interpretação, que considerou as duas grandes fontes de Direito, Betti abre a sua *Interpretazione della legge e degli atti juridici* com uma afirmação extraordinária. Diz-nos o autor que uma teoria particularmente apta a educar nos jovens o hábito da tolerância e o sentido de respeito em relação aos outros, é a teoria da interpretação. “Do vivo e passageiro discurso falado ao imóvel documento e monumento, da escrita ao sinal convencional, à cifra e ao símbolo artístico, da linguagem articulada, poética, narrativa, dedutiva, à linguagem não articulada como a figurada ou a musical, da declaração ao comportamento singular, da fisionomia à linha de conduta complexa, tudo quanto provenha do espírito do outro, dirige um apelo e um chamamento à nossa sensibilidade e inteligência para ser compreendido”⁷³⁸. A ideia subjacente a este apelo à compreensão de tudo quanto provenha do espírito do outro, acaba por transfigurar as tradicionais concepções interpretativas. Betti observa que o ofício do intérprete é o de procurar compreender o sentido das manifestações de pensamento alheias. Simplesmente, esse sentido não é coisa que a forma representativa lhe ofereça já pronto, correspondendo, pelo contrário, a “qualquer coisa que o intérprete

⁷³⁷ Cfr., v.g., Vittorio FROSINI, *La letra y el espíritu de la ley*, pp., 68 e ss..

deve reconstruir e reproduzir em si mesmo com a sua sensibilidade e inteligência, com as categorias da sua mente, com a sua intenção e com a força inventiva da sua educação”⁷³⁹. Um sentido que se alcança, pois, a partir da própria historicidade da compreensão – e daquele que compreende -, prefigurando o relevo da ideia de pré-compreensão que Gadamer torna irreversível a partir da sua *Verdade e Método*⁷⁴⁰. Ideia de pré-compreensão e do subsequente relevo do chamado círculo hermenêutico⁷⁴¹. Deste relevo encontra Betti uma manifestação exemplar na interpretação jurídica, o que transforma aquela actividade num processo extremamente complexo, em que aquilo que o intérprete leva para a interpretação e o contexto da mesma interpretação, em que re-entra o objecto propriamente dito da interpretação, são os verdadeiros responsáveis pelas determinações últimas de sentidos. Um processo que deixa incólume a autonomia do objecto, convocando no entanto o contributo essencial que ao processo interpretativo trazem a espiritualidade vivente do intérprete e as suas categorias mentais⁷⁴². Observa o autor que a interpretação jurídica, longe de se esgotar num reconhecimento meramente contemplativo do significado próprio da norma considerada na sua abstracção e generalidade, vai mais além e opera uma especialização e integração do preceito a interpretar, o que leva a estabelecer “um círculo de recíproca e contínua correspondência, entre o vigor da lei (ou fonte de Direito) de onde se inferem as máximas de decisão, e o processo interpretativo que é realizado na jurisprudência e na ciência jurídica. Um círculo, este, que faz da jurisprudência, teórica e prática, o complemento necessário da legislação e de uma e outra faz elementos indefectíveis daquilo que numa sociedade, num país, é o direito verdadeiramente vivo e vigente”⁷⁴³.

⁷³⁸ Cfr. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 4-5.

⁷³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 22.

⁷⁴⁰ Uma noção que o próprio Gadamer reconduz a Bultmann, teólogo e hermeneuta alemão. “O próprio Bultmann destaca”, observa Gadamer, “que em toda a compreensão se pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, bem como a sua relação anterior com o tema. A este pressuposto hermenêutico dá o nome de pré-compreensão, porque evidentemente não é o produto do procedimento compreensivo, sendo anterior a este”. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode*, trad. esp. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 403, 2 volumes.

⁷⁴¹ Conceito que é, por sua vez, reconduzido por Gadamer à análise existencial de Heidegger. Cfr. *ibidem*, pp. 331 e ss..

⁷⁴² Cfr. Emilio BETTI, *op.cit.*, p. 23.

⁷⁴³ Cfr. *ibidem*, pp. 34-35.

Ou seja, complemento verdadeiramente criador de Direito, ao lado da legislação, acabam por ser a jurisprudência e a doutrina, nas suas competências interpretativas⁷⁴⁴. Numa crítica cerrada às práticas juspositivistas, Betti rejeita a ideia de que o texto da lei possa conter concretas soluções de Direito. A letra da lei não constitui para o autor senão um suporte, destinado a reanimar-se e a iluminar-se no contacto com a vida social, por um lado, e na luz da tradição, por outro⁷⁴⁵. Acaba assim por assumir uma posição paralela, de algum modo, à de autores como Müller⁷⁴⁶, ou mesmo Esser, quando distinguem claramente entre a norma como texto e a norma enquanto critério de decisão. E é através desta norma de decisão, ou máxima de decisão, como lhe chama Betti, que é superada aquela que Castanheira Neves considera ser a “irreduzível indeterminação e insuficiência de quaisquer critérios positivos invocáveis”⁷⁴⁷. Norma de decisão e máxima de decisão que “nem se confundem com a norma abstracta que tenha sido o seu critério, nem são dela uma mera aplicação, e antes de uma específica normatividade constituída pela própria mediação judicativo-decisória”⁷⁴⁸. Com esta mediação judicativo-decisória, normativamente constitutiva, identifica Castanheira Neves o problema da interpretação jurídica enquanto momento metodológico da

⁷⁴⁴ Referindo-se ao contributo das reflexões de Betti para o mundo da experiência jurídica, Frosini aponta como compêndio e culminação das investigações levadas a cabo pelo autor sobre este domínio particular, um opúsculo pouco conhecido, de 1958, intitulado *Cours de théorie générale du droit*, que terá sido publicado como apêndice ao 1.º volume do seu *Cours de Droit civil comparé des obligations*. Neste texto, Betti terá afirmado taxativamente que “há duas fontes de Direito (as quais) se manifestam com uma força desigual segundo o tempo e o lugar: ainda que sejam, tanto uma – a legislação –, como a outra – a integração e a interpretação oficial –, obra da jurisprudência”. Cfr. Vittorio FROSINI, *op.cit.*, pp. 68-70. Comentando a posição aqui asumida por Betti, Frosini considera-a fundamental como manifestação contra aquilo que o próprio Betti denominava “a idolatria da lei e o preconceito fetichista do positivismo legalista”, ao que Betti vem agora a contrapor a actividade interpretativa como verdadeira fonte de produção jurídica. “Por outro lado, parece insustentável a redução do direito à dimensão legislativa, porque «há um processo inesgotável de circulação, que une a interpretação à legislação, que realizam a doutrina e a jurisprudência»; de modo que a legislação vive em perpétua simbiose com a interpretação, enquanto as regras de decisão podem fazer referência à vida social, alimentando-se directamente dela”.

⁷⁴⁵ Cfr. Emilio BETTI, *op.cit.*, p. 67.

⁷⁴⁶ Sobre a metódica jurídico-normativa estruturante de Müller, cfr. Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 1971, trad. fr. Olivier Jouanjan, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996; Karl LARENZ, *op.cit.*, pp. 154 e ss.; Joana Aguiar e SILVA, *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, *op.cit.*, pp. 105 e ss..

⁷⁴⁷ Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, p. 214.

⁷⁴⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 214-215

realização do Direito. Um momento sempre reclamado não propriamente pela complexidade dos enunciados, ou pela indeterminação significativa dos sentidos jurídico-textuais, mas sobretudo pelo facto de na interpretação jurídica estarmos em presença de um acto normativo de utilização metodológica de um critério jurídico (que tanto pode provir de um texto normativo legal como de uma prática consuetudinária ou de uma decisão que constitua um precedente) no juízo decisório de um concreto problema normativo-jurídico⁷⁴⁹. O fundamento desta exigência é, pois, um fundamento normativo, mais do que um fundamento linguístico-hermenêutico-exegético. É a necessidade de, através de um determinado processo de atribuição de sentidos, obter um concreto critério de decisão que permita resolver uma concreta situação de facto, que torna imperativa a interpretação jurídica. É esta específica índole normativa da interpretação jurídica, enquanto momento metodologicamente imprescindível da realização normativa do Direito, que justifica, para Castanheira Neves, um afastamento da mesma actividade face àquele que designa de modelo hermenêutico tradicional⁷⁵⁰. Mesmo reconhecendo a este modelo a sua enorme complexidade, mesmo admitindo a inequívoca presença de múltiplos momentos hermenêuticos (que apontam, no entender do autor, para uma intencionalidade compreensiva e não meramente explicativa ou tecnológica da interpretação) na concreta realização normativa do Direito⁷⁵¹, adverte que esta presença não se pode confundir com a plena identificação daquela realização do Direito com um acto estritamente hermenêutico, “na sua específica índole problemática e no seu cumprimento metódico”⁷⁵². É quase como dizer que a específica índole problemático-normativa da realização do Direito obriga a ir para lá da estrutura metodologicamente hermenêutica da mesma. Que essa específica índole não admite ser incorporada por aquela estrutura, que assim não pode ser adequada à caracterização da interpretação jurídica. É nesta medida que vem a rejeitar expressamente as aportações

⁷⁴⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 27-28.

⁷⁵⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 51-52.

⁷⁵¹ “Como são, desde logo, o contexto comunitário e histórico-culturalmente significante que postula a intencionalidade de um *consensus* axiológico, a «pré-compreensão» jurídico-normativamente interrogante em cada problema jurídico-interpretativo concreto, a «aplicação» sempre como «concretização» ou função constitutiva das circunstâncias da situação problemática, o «círculo» metodológico da concretização e com ele a unidade intencional entre o objecto interpretando e o conteúdo da interpretação, o carácter dinâmico-historicamente condicionado e dialecticamente constitutivo da mesma interpretação, etc.” Cfr. *ibidem*, pp. 51-52.

⁷⁵² Cfr. *ibidem*, p. 52.

bettianas. A crítica a Betti vai no sentido de o autor italiano (continuar a) mobilizar a hermenêutica como cânone metodológico da interpretação jurídica, e não se compadece com a coloração normativa com que Betti pinta essa mesma hermenêutica⁷⁵³. Com efeito, referindo-se à interpretação jurídica, Betti apresenta-a como sendo uma espécie, ainda que a mais importante, do género denominado “interpretação em função normativa”, integrando assim na doutrina da interpretação levada a cabo no Direito o relevo essencial da sua necessária dimensão práctico-normativa⁷⁵⁴. Este destino normativo da interpretação jurídica justifica-se, para Betti, pelo facto de no Direito se interpretar com o objectivo de agir, de decidir, de tomar posição em relação a preceitos a observar, em relação a dogmas, valorações morais ou situações psicológicas. A compreensão na vida do Direito, nomeadamente a compreensão das fontes normativas do Direito, visa fundamentalmente a obtenção de critérios de decisão e de acção. Ainda assim, numa observação que, pretendendo esclarecer, não deixa de ser enigmática, Betti alerta contra o risco de se confundir a actividade interpretativa com a conduta prática de fornecer o critério retirado da norma. O destino normativo da interpretação jurídica não deve ser entendido, diz-nos o autor, como directamente voltado para uma imediata aplicação, mas antes como um guia de orientação do intérprete no sentido daquela directiva intencional, cuja descoberta constitui a mais nobre tarefa da jurisprudência teórica e prática⁷⁵⁵. Só assim se preserva a possibilidade de uma interpretação científica. A isto voltaremos.

Aquilo que Castanheira Neves sublinha é, no fundo, a impossibilidade lógica e metodológica desta hermenêutica normativa, ou em sentido normativo, constituir o cânone da interpretação jurídica. A dimensão a partir da qual se configura a

⁷⁵³ Cfr. *ibidem*, pp. 55 e ss..

⁷⁵⁴ Cfr. Emilio Betti, p. 802. Para além da interpretação em função normativa, reconhece Betti uma interpretação em função cognoscitiva ou recognitiva e uma interpretação em função reprodutiva ou representativa. Do primeiro tipo seriam, nomeadamente, a interpretação filológica e a interpretação histórica, enquanto do segundo se encontrariam exemplos na interpretação dramática e na musical. Da interpretação em função normativa fariam parte não só a interpretação jurídica, mas também a teológica. Enquanto a interpretação cognoscitiva está presente em todos os processos de interpretação, os outros dois tipos resultam da especificação introduzida por uma ulterior função ou finalidade, que no caso concreto da interpretação em função normativa, é o da obtenção de uma máxima de decisão ou de acção que seja fundamento de uma tomada de posição na vida social. Cfr. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pp. 39-41.

⁷⁵⁵ Cfr. *ibidem*, p. 99.

interpretação jurídica terá que ser ou hermenêutica ou normativa. “Pelo que, também em Betti, ou a «função normativa» da interpretação (...) se pretende verdadeiramente cumprir e terá então que se ultrapassar a estrita intenção hermenêutica, ou visa-se dar prevalência a esta intenção e, nesse caso, terá de se sacrificar a função normativa”⁷⁵⁶. E isto porque, continua o autor, “o decisivo está em atender a que o objectivo e o problema da interpretação jurídica não os temos hoje na compreensão determinativa de um direito pressuposto, como objecto, em textos que o positivem e a cumprir assim numa intenção teórico-cognitiva mediante uma hermenêutica apreensão desses textos; mas no elaborar ou constituir, a partir e com base metodológica nos critérios jurídico-positivos (nos critérios normativos do direito positivo, que não se confundem com os textos em que se enunciam), as judicativo-decisórias soluções de problemas ou casos jurídicos concretos, numa intenção práctico-normativa”⁷⁵⁷.

A perspectiva hermenêutica encerra-se assim, para Castanheira Neves, numa determinação compreensiva de textos. Textos pressupostos, objectivamente fechados na sua autonomia, cujas determinações significativas vêm a constituir o fruto da atitude metódica da hermenêutica. Não deixa o autor de reconhecer os inequívocos méritos da compreensão filosoficamente hermenêutica do Direito na crítica ao positivismo exegético-analítico e na fundamental distinção entre Direito e lei. Mas reconhece-os admitindo, não obstante, que a mesma perspectiva hermenêutica não deixa nunca de permanecer vinculada à pressuposição do texto e aos seus limites expressivos, “só podendo desse modo pretender a explicitação, mesmo que numa contínua e reconstituída recompreensão histórica, do sistema pré-objectivado e nessa objectivação virtualmente definido”⁷⁵⁸. Nessa medida, e na medida em que “o problema da interpretação jurídica não está em saber o que textual-significativamente consta, por exemplo, da lei, ou como esta, em termos puramente hermenêuticos se deve determinar, mas em saber de que modo práctico-normativamente se deve assimilar o seu sentido normativo-jurídico para que possa ser critério também normativo juridicamente adequado para uma «justa» decisão do problema jurídico concreto”⁷⁵⁹, considera o autor coimbrão que a interpretação jurídica actua de um modo particularmente constitutivo e com uma irrecusável índole normativa, incompatíveis com uma metódica só

⁷⁵⁶ Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, p. 62.

⁷⁵⁷ Cfr. *ibidem*, p. 63.

⁷⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 67.

⁷⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 105.

hermenêutica, “como quer que esta se entenda”⁷⁶⁰. Apesar do reparo final, talvez não seja desinteressante reflectir sobre o significado de uma “metódica só hermenêutica”. Sobretudo se ponderarmos a complexidade de alguns dos trabalhos que maior relevo alcançaram nesse terreno ao longo do século XX. E se ponderarmos a projecção que as suas múltiplas variantes tiveram, desde logo no campo da reflexão jurídica, a partir da mesma altura. O que significa falar de uma metódica estritamente hermenêutica? Castanheira refere o específico princípio da objectividade como determinante da atitude metódica da hermenêutica, a esse associando a vocação acentuadamente filológico-histórica da positiva compreensão textual inerente à hermenêutica. Uma hermenêutica que, assim, pressupõe a compreensão de algo objectivo-culturalmente acabado: um em si culturalmente autónomo, esclarece; “um pensamento pensado, uma prescrição prescrita”⁷⁶¹. A objectividade que no horizonte se perfila, pressupõe-se transportada pelo objecto da interpretação e deve, como tal, ver-se reflectida no resultado interpretativo. Em nome da natureza normativamente constitutiva da concreta vocação prático-normativa a que obedece a própria juridicidade, Castanheira Neves rejeita esta concepção de hermenêutica jurisprudencial que, presa à intenção de objectividade, acaba por se esgotar numa doutrina da correcta compreensão de positivas objectivações textuais. Só que aqui relembramos o reparo dirigido por José Lamego a Canaris relativamente à percepção deste sobre as relações entre hermenêutica e jurisprudência. Observa Lamego que, ao considerar que o entendimento hermenêutico da jurisprudência se deve concentrar na ideia de que nela se trata sempre de uma doutrina do correcto entendimento e não do correcto agir, Canaris não acompanha a viragem ontológica da hermenêutica devida a Heidegger e Gadamer, quedando-se nos quadros de uma hermenêutica historicista, segundo a qual se trata de assegurar a objectividade da interpretação⁷⁶². Ora, apesar de mostrar um conhecimento profundo sobre a história da hermenêutica, em geral, e particularmente sobre a hermenêutica bettiana e gadameriana, ainda assim Castanheira Neves continua a entender a problemática hermenêutica numa perspectiva estranhamente limitada.

Ainda sem falarmos na viragem ontológica da hermenêutica a que se refere Lamego, é manifesta no próprio Betti, considerado último representante e herdeiro da

⁷⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 67.

⁷⁶¹ Cfr. *ibidem*, p. 64.

⁷⁶² Cfr José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa, Fragmentos, 1990, p. 84 e nota 226^a.

tradição hermenêutica como metodologia⁷⁶³, a necessidade de temperar aquele específico princípio de objectividade imanente à hermenêutica, enquanto vocação da totalidade da compreensão, com elementos alheios quer a essa objectividade, quer à positividade que a fundamenta. Criticando o objectivismo histórico, Betti foi um dos pensadores que procurou encontrar um equilíbrio, um meio-termo, entre as várias determinantes do processo compreensivo⁷⁶⁴. Mais especificamente, entre o elemento objectivo e o subjectivo de toda a compreensão. Entre estas exigências verdadeiramente antinômicas a que o intérprete deve obediência, e sobre cuja dialéctica Betti sugere se possa constituir uma teoria geral da interpretação⁷⁶⁵. Exigências que são, por um lado, as da objectividade, na medida em que a interpretação deve ser o mais fiel possível ao valor expressivo da forma representativa que se trata de compreender. Mas exigências que não deixam também de ser, por outro lado, as da própria subjectividade daquele que interpreta, com a sua actualidade/historicidade e com a sua intencionalidade. Assimila, pois, na sua doutrina hermenêutica, o princípio da actualidade da compreensão, mostrando-se ciente de que a vinculação do intérprete à sua própria posição é um momento integrante da verdade hermenêutica⁷⁶⁶. Ainda assim, é certo que Betti se mantém, em última instância, no terreno do realismo histórico e da hermenêutica enquanto instrumento metodológico capaz de contribuir para a compreensão de formas representativas linguisticamente mediadas. Embora reconhecendo o papel indispensável da subjectividade do intérprete na conformação dos resultados interpretativos, enquanto condição indispensável da própria interpretação, a fundamental preocupação que o

⁷⁶³ Sobre a natureza metodológica da hermenêutica de Betti, contraposta à natureza existencial e ontológica da hermenêutica gadameriana, ver Tonino GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1988, p. 210; Maurizio FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, Milano, Studi Bompiani, 1988, p. 363; Gaspare MURA, *Ermeneutica e verità. Storia e problemi della filosofia dell'interpretazione*, Roma, Città Nuova, 1990, pp. 298 e ss..

⁷⁶⁴ Cfr. Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, p. 209.

⁷⁶⁵ Cfr. Emilio BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990, I vol., pp. 262 e ss.. Como Gadamer põe em evidência, a cientificidade da ciência moderna passa pela objectivação da tradição e pela eliminação metódica de qualquer influência do presente do intérprete nas suas compreensões. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op. cit.*, pp. 405-406. A intenção de Betti é a de, não prescindindo completamente de ambas as dimensões determinativas, elaborar uma hermenêutica geral, entendida como metodologia geral das ciências do espírito, capaz de alcançar, através da compreensão, um conhecimento “relativamente objectivo das formas representativas”. Cfr. Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, p. 202; Hans-Georg GADAMER, “Hermenêutica y Historicismo”, in *Verdad y Método*, I vol. p. 605.

⁷⁶⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 605 e ss..

move é a de garantir os resultados objectivos do processo hermenêutico. Nesta preocupação vê Gaspare Mura um traço do realismo histórico e gnoseológico de Betti, que entende que as obras do homem são interpretáveis e cognoscíveis pelo homem, pertencentes como são a um fluxo histórico em que não há mediação que opere a absorção do passado pelo presente, nem do objecto pelo sujeito⁷⁶⁷. Assim sendo, passado/objecto preservam uma relativa autonomia face ao intérprete e à sua subjectividade, tornando possível a objectividade dos resultados hermenêuticos. É no sentido de assegurar esta objectividade – e o controlo do curso e resultados interpretativos – que Betti avança com uma metodologia hermenêutica completa, na qual se integram quatro cânones hermenêuticos fundamentais, “aos quais deve obedecer o processo interpretativo, como garantia de atendibilidade dos resultados a que chega”⁷⁶⁸. Nesses cânones se procura, precisamente, o justo equilíbrio entre as diferentes determinantes do processo interpretativo, neles se revelando a constante – e nem sempre demasiado clara – dialéctica que entre a ineliminável subjectividade do intérprete e a objectividade das representações históricas se terá que estabelecer.

O facto de grande parte da obra hermenêutica de Betti se ter desenvolvido em claro confronto com a de Gadamer, a quem é largamente atribuída a responsabilidade pela viragem ontológica da hermenêutica, no sentido de uma filosofia existencialista, torna, de algum modo, mais claras as hierarquias que estabelece no seio da sua doutrina hermenêutica. Reconhece que “o ideal de deixar falar por si as coisas sem nada lhes meter de próprio, gera o falso preconceito de uma «nua objectividade» que, por assim dizer, se possa recolher da terra e seja alcançável sem a colaboração do intérprete e sem o subsídio das suas categorias mentais. Ora, para banir um preconceito tão infundado, eis que ao intérprete se exige que permaneça constantemente consciente do contributo que a sua mentalidade aporta, e deve aportar, ao processo interpretativo”⁷⁶⁹. Estas considerações, tece-as Betti a propósito da consagração do terceiro cânone hermenêutico, relativo ao sujeito da interpretação, e que é o cânone da actualidade da

⁷⁶⁷ Cfr. Gaspare MURA, *op.cit.*, pp. 284 e ss..

⁷⁶⁸ Destes cânones, os dois primeiros dizem respeito ao objecto: a) autonomia e imanência do objecto da interpretação; b) totalidade e coerência da apreciação hermenêutica; e os dois últimos dizem respeito ao sujeito da interpretação: c) cânone da actualidade do entender e d) cânone da correspondência e congenialidade hermenêutica. Cfr. Emilio BETTI, *op.cit.*, pp. 304 e ss.. Sobre os cânones interpretativos bettianos, ver também as observações de Gaspare MURA, *op.cit.*, pp. 292 e ss..

⁷⁶⁹ Cfr. *ibidem*, p. 315.

compreensão. Um cânone em que vai implicada a necessidade de reconstruir os sentidos porventura transportados pelo texto em função da própria realidade existencial do intérprete; em função das próprias exigências aplicativas dos resultados hermenêuticos. A consagração por Betti desta regra hermenêutica parece-nos extremamente significativa, pois é talvez o momento em que mais de perto toca a própria hermenêutica gadameriana⁷⁷⁰. Gaspare Mura faz questão de reparar, no entanto, que, embora Betti pareça aqui aceitar o princípio hermenêutico da pré-compreensão, o cânone da actualidade do entender é profundamente diferente da pré-compreensão da hermenêutica existencial, sobretudo porque este cânone não pode nem ser entendido em si mesmo, nem aplicado independentemente dos princípios que regulam o primeiro cânone hermenêutico, da autonomia ou imanência do objecto da interpretação. Uma regra, esta, que impõe o fundamental respeito pelo objecto interpretativo, na sua alteridade, na sua estraneidade. E na sua completude⁷⁷¹. Respeito que se traduz também numa extrema humildade e submissão perante os textos e perante os sentidos por estes objectivamente veiculados. Este é um aspecto sobre o qual talvez devêssemos reflectir, sobretudo ao pensarmos a hermenêutica jurídica.

Como antes vimos, Betti considera a interpretação jurídica como uma particular espécie do género que é a interpretação em função normativa, distinta esta da interpretação em função meramente recognitiva – que visa o entender intransitivo, em si mesmo – e da interpretação em função reprodutiva – que se propõe fazer entender aos outros aquilo que nós mesmos entendemos de um texto⁷⁷². Diversamente destas, a interpretação jurídica estaria, desde logo, condicionada pela intenção normativa inerente ao universo jurídico. Condicionada pela necessidade de obtenção de critérios de decisão e de acção que preside a esse universo pragmático, e que obriga o intérprete a uma “atitude metateórica mais intensamente valorativa em relação ao objecto a interpretar”⁷⁷³. Isto torna o domínio da interpretação normativa – aquele em que

⁷⁷⁰ Apesar da crítica ter sido, ao longo dos anos, pródiga em considerar insanáveis as diferenças, cfr., v.g., Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, pp. 202 e ss..

⁷⁷¹ Cfr. Gaspare MURA, *op.cit.*, pp. 292-293; 295-296. Com este aspecto se prende o fundamental relevo que assume, em Betti, o pressuposto da perfeição, segundo o qual se deve tomar o texto como dotado de um sentido pleno e completo, até que eventuais defeitos nos levem a pensar de outro modo. Com este pressuposto se propõe contrariar o subjectivismo hermenêutico gadameriano. Cfr. Maurizio FERRARIS, *op.cit.*, p. 368.

⁷⁷² Cfr. Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, p. 175.

⁷⁷³ Cfr. Emilio BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, p. 792.

laboram o jurista e o teólogo – o único em que a interpretação se traduz numa *applicatio*. O único em que o trabalho hermenêutico visa alcançar não apenas a correcta compreensão dos textos, mas sobretudo a sua prática observância, a sua justa e correcta aplicação, no seio de concretas situações normativas⁷⁷⁴. E aqui se torna, porventura, mais nítido o relevo do cânone da actualidade do entender, com todas as suas implicações reconstrutivas e criativas. Mais nítido, talvez. Mas nem por isso excessivamente claro. No entender de Betti, observa Ferraris, a interpretação é uma ciência e não uma arte e, se chegasse a prevalecer o momento artístico-criativo, desapareceria a própria meta da exegese⁷⁷⁵. Com esse espírito, Betti convida a interpretação enquanto ciência a não confundir o significado estável e concluso de um acontecimento histórico objectivamente identificável, com a significatividade que esse acontecimento possa ter para o intérprete actual, que o irá confrontar com os seus próprios problemas e perspectivas de futuro. Sugere, por outras palavras, que não se confunda a *Auslegung*, enquanto interpretação e explicação objectiva, que é da competência, por exemplo, do historiador, com a *Sinngebung*, enquanto interpretação a que corresponde um verdadeiro dar de sentido, e que Betti aqui associa, concretamente, à competência do teólogo. Uma confusão que começa, desde logo, na linguagem comum, como o próprio autor reconhece. Betti pretende mostrar que, enquanto objecto de uma teoria metodológica, só a primeira daquelas tarefas configura verdadeiramente um acto interpretativo, vinculado ao fundamental critério hermenêutico desde os tempos antigos formulado: *sensus non est inferendus, sed efferendus*. Ou seja, numa correcta interpretação, aquela que se configura como um procedimento lógico, o sentido deve ser aquele que nos dados se encontra e desses se retira, e não um sentido que para esses se transfira a partir de fora. “A totalidade e a coerência devem ser imanentes ao dado histórico e não já retirar-se de um sistema estranho a esse. Ora, a este critério hermenêutico se sujeita o interpretar verdadeiro e próprio: a ele não se sujeita, nem pode sujeitar-se, o explicar especulativo que, tendo carácter de síntese, vai além do mero interpretar (que pressupõe) e o supera”⁷⁷⁶. Enquanto se permanece no terreno da interpretação propriamente dita, o curso e os resultados da mesma são passíveis de fiscalização segundo a observância de determinados critérios hermenêuticos. Mas isto é algo que já não acontece no domínio da tal explicação especulativa, que fica

⁷⁷⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 789 e ss.; Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, p. 175.

⁷⁷⁵ Cfr. Maurizio FERRARIS, *op.cit.*, p. 367.

⁷⁷⁶ Cfr. Emilio BETTI, *op.cit.*, pp. 100 e ss.; 254-155.

“abandonada ao intuito e à coerência do sistema escolhido *a priori*”⁷⁷⁷. Deste sistema se distingue claramente – em grau, pelo menos, - uma certa dose de condicionante subjectiva que qualquer interpretação em sentido próprio terá já que comportar. Esta índole condicionada, perspectivada, de todo o conhecimento, é algo de que a interpretação em sentido estrito tem consciência, assim podendo controlar a influência que exerce quer sobre o curso, quer sobre os resultados do processo cognoscitivo. Muito diferente é a natureza da interpretação que subjaz ao explicar especulativo, em que a atribuição de sentidos se faz do ponto de vista de uma pré-escolhida concepção da vida e do mundo, destinada a acolher um entendimento dos dados da experiência em coerência com tal concepção e a enquadrá-los na totalidade do seu sistema. É esta ideia que permite a Betti justificar aquela distinção, defendendo que, naquela que considera ser a interpretação verdadeira e própria⁷⁷⁸, “a observância de certos critérios metódicos, juntamente com a constante consciência da dependência de uma perspectiva condicionante, garante a controlabilidade e, neste sentido, uma relativa objectividade do entender. Apenas naquelas formas em que a interpretação assume uma função normativa, como na interpretação jurídica e teológica, acontece que a procura do sentido permanece ligada, vinculada a um dado sistema (que, no entanto, é aquele a que pertence o dado a interpretar), e desse depende unilateralmente”⁷⁷⁹. E para este conhecimento, dizia Betti antes, ao referir-se ao genérico âmbito do *sinngeben*, “não vale o fundamental cânone hermenêutico *sensus non est inferendus, sed efferendus*”⁷⁸⁰. E talvez agora possamos, então, aferir de todo o relevo que assume – no domínio da interpretação em função normativa, em geral, e no que à interpretação jurídica especificamente diz respeito - o cânone da actualidade do entender, que parece até poder, em certa medida, sobrepor-se ao cânone da autonomia do objecto da interpretação. Pelas particularidades normativas e aplicativas que desse contexto hermenêutico decorrem, podemos depreender das considerações tecidas por Betti que o sentido aí a alcançar com a interpretação não se esgota naquele que vai contido nos dados históricos.

⁷⁷⁷ Cfr. *ibidem*, p. 102.

⁷⁷⁸ Domínio que parece corresponder ao das que designa como interpretação em sentido recognitivo e interpretação em sentido reprodutivo.

⁷⁷⁹ Cfr. *ibidem*, p. 102.

⁷⁸⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 100 – 101.

A interpretação jurídica visa determinar o agir, proporcionar máximas de decisão, que terão que ser alcançadas a partir de normas ou preceitos já postos em vigor, a partir de valorações morais ou situações psicológicas, na sua permanente dialecticidade com a esfera de uma ordem jurídica vigente. Diz-nos Betti, expressamente, que a máxima de acção e de decisão, quando não seja encontrada por “intuito divinatório”, é alcançada através de um processo interpretativo que assume aqui um carácter não de reconhecimento intransitivo ou de substituição, mas de verdadeira integração e complementaridade. Interpretar é aqui não apenas tornar a conhecer uma objectivação do pensamento em si conclusa, mas tornar a conhecê-la para a integrar e realizar na vida das relações. A interpretação não tem aqui uma função meramente cognitiva do pensamento (de um pensamento em si fechado na sua peculiaridade histórica), mas a função de, a partir desse, desenvolver directivas para a acção prática ou para a tomada de decisões⁷⁸¹. O que, necessariamente, se repercutirá em relevantes consequências metodológicas. Desde logo, é legítimo interrogarmo-nos quanto ao rigor da controlabilidade destes resultados hermenêuticos. Será ainda possível ou apenas diferente, em grau, falar na objectividade destes resultados? Ficará prejudicada a autonomia do sujeito e do objecto da interpretação, pressuposto da hermenêutica geral entendida como metodologia geral das ciências do espírito? Estaremos ainda neste domínio quando nos referirmos à hermenêutica jurídica? E se estivermos um passo para lá deste, como se relacionam as regras atinentes a este domínio – mais específico – com as dominantes naquele? Luhmann tinha, sem dúvida, razão, ao observar que toda a teoria verdadeiramente interessante se pode orgulhar de pôr mais problemas do que soluções⁷⁸². Ainda assim, algumas das críticas que Betti dirigiu à hermenêutica gadameriana, e as respectivas tomadas de posição, podem esclarecer-nos relativamente a determinados pontos.

Um dos fundamentais aspectos controvertidos prende-se com a questão da objectividade. Não rejeitando a vinculação do intérprete ao objecto interpretativo, Gadamer refuta, no entanto, qualquer ilusão sobre a objectividade da interpretação. Uma objectividade, desde logo, “prejudicada” pela própria determinação histórica do intérprete, que impõe a cada leitura que este faça uma complexa estrutura de pré-juízos. A isto se refere Gadamer com o significado hermenêutico da distância no tempo, que se

⁷⁸¹ Cfr. *ibidem*, pp. 802-803.

⁷⁸² Cfr. N. LUHMANN, “Die Einheit des Rechtssystems”, in *Rechtstheorie*, 14, 1983, p. 143, *apud* Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *op.cit.*, p. 46.

traduz no modo peculiar como cada época compreende um texto do passado⁷⁸³. “O verdadeiro sentido de um texto tal como se apresenta ao seu intérprete não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e em consequência, por todo o processo histórico”⁷⁸⁴. É na historicidade inerente aos vários elementos presentes no processo hermenêutico que se põe o acento. O que significa, por um lado, que em cada interpretação se vai fazer convergir todo o depósito de interpretações anteriormente trabalhadas e legadas pela tradição, ao mesmo tempo que a esse espólio se faz acrescer uma nova (ou renovada) parcela de sentido. O que a isto conduz é, no fundo, a uma consciência crítica dos parâmetros/critérios históricos em que se situa toda a nossa compreensão, de nós mesmos, do mundo em que vivemos, dos outros e do próprio passado histórico⁷⁸⁵. Parâmetros que acabam por conformar a própria realidade cognoscível. Por outro lado, é o próprio interesse actual do intérprete em compreender que se vai inelutavelmente imprimir no objecto da compreensão, transfigurando a objectividade de que este pudesse ser portador. E a interpretação, de reprodução, passa a mediação. Mediação verdadeiramente constitutiva, produtiva de sentidos. Mediação forçosamente criativa entre passado e presente, entre o eu e o outro, entre a minha interioridade e a do outro. E mediação que está lá sempre, em qualquer processo de compreensão, pela própria natureza das coisas. Este é um aspecto central da concepção hermenêutica de Gadamer, que lhe dita coordenadas fundamentais: para o autor, mais do que método de compreensão, a hermenêutica consubstancia um traço existencial do ser. Se para Betti a interpretação é essencialmente uma técnica que visa a compreensão, observa Grifféro,

⁷⁸³ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método*, I.vol., pp. 360 e ss.. Ver também, entre outros, Manuel MACEIRAS FAFIÁN, *op. cit.*, maxime o capítulo 4, e, em geral, a colectânea de textos reunida por J.J. ACERO, J.A. NICOLÁS, J.A.P. TAPIAS, L. SÁEZ, J.F. ZÚÑIGA, eds., *El legado de Gadamer*, Granada, Universidad de Granada, 2004.

⁷⁸⁴ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op. cit.*, p. 366. Acrescenta ainda Gadamer que “cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do conjunto de uma tradição pela que cada época tem um interesse objectivo e na que tenta compreender-se a si mesma”.

⁷⁸⁵ Nisto se traduziria a compreensão ontológica, existencial, de Gadamer, que não se confunde com o subjectivismo hermenêutico que Betti lhe pretende imputar. Um subjectivismo e conseqüente relativismo histórico que Gadamer vem a rejeitar expressamente. Cfr. Gaspare MURA, *op. cit.*, p. 287.

para Gadamer ela é sobretudo aquilo que determina o próprio ser⁷⁸⁶. Um ser que é, antes de mais, linguagem.

Num texto de 1970, intitulado *Linguagem e compreensão*, Gadamer afirma precisamente esta natureza linguística de todos os fenómenos de entendimento, de compreensão e incompreensão, que formam o objecto da hermenêutica⁷⁸⁷. É, no fundo, a ideia de Wittgenstein de que a condição linguística subjaz a todo o fenómeno de compreensão, ou a heideggeriana de que o ser se desenvolve como linguagem, que agora alimentam a filosofia hermenêutica⁷⁸⁸. Uma ideia que não deixa de estar presente em Betti, nomeadamente no relevo atribuído à dimensão intersubjectiva da hermenêutica, do “espírito que fala a outro espírito”⁷⁸⁹. Em Gadamer, este existencialismo hermenêutico, esta natureza ontologicamente hermenêutica do ser que se compreende, e que se compreende historicamente, implica uma transformação profunda nas tradicionais categorias hermenêuticas. Desde logo porque deste

⁷⁸⁶ Se Betti procura desenvolver uma hermenêutica geral enquanto metodologia geral das ciências do espírito, capaz de adquirir, através da compreensão, um conhecimento relativamente objectivo das formas representativas, o objectivo da filosofia hermenêutica de Gadamer, rejeitando desde logo a ilusão da objectividade da interpretação, aponta para a análise da compreensão e da interpretação como traços existenciais do *Dasein*. Cfr. Gaspare MURA, *op.cit.*, p. 202. No prólogo que redige para a segunda edição do seu *Warheit und Methode*, deixa bem claro que “a analítica temporal do estar aí humano em Heidegger mostrou, na minha opinião de uma maneira convincente, que a compreensão não é um dos modos de comportamento do sujeito, senão o modo de ser do próprio estar aí”. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, p. 12. Por outro lado, a teoria hermenêutica bettiana não se esgota numa metodologia, antes se apresentando como uma tentativa de refundamentar a hermenêutica na tradição filosófica idealístico-romântica. Cfr. Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, p. 203.

⁷⁸⁷ Cfr. Hans-Georg GADAMER, “Lenguaje y comprensión”, in *Verdad y Método*, II vol., p. 181 e ss.. Perante exemplos em que, aparentemente, o compreender mudo e silente se revela como modo supremo e íntimo de compreensão, Gadamer fala em diferentes métodos de linguisticidade.

⁷⁸⁸ Sánchez Cámara faz o reparo segundo o qual, apesar de a linguagem se converter, para Wittgenstein como para Gadamer, no meio em que se produz o compreender, não passa por isso a constituir o seu objecto último: “trata-se de ir da palavra ao conceito, à coisa. Não se trata de substituir a ontologia pela linguística, mas de recuperar a ontologia por meio da linguagem”. Cfr. Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA, *op.cit.*, p. 105.

⁷⁸⁹ Cfr. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pp. 10-14; Gaspare MURA, *op.cit.*, pp. 299-300. Mura esclarece aqui em que consiste para Betti o espírito, muito distante do espírito hegeliano, mediador supremo e único de todas as formas históricas. Para Gadamer, a expressão identifica todas as realizações históricas concretas devidas ao facto de que o homem é um ser dotado de espírito, mas não é o próprio, nem uma sua determinação. Cfr. *ibidem*, p. 292.

pressuposto fundamental decorre a potencial pluralidade significativa de cada texto, na medida em que um texto sempre poderá ser entendido de maneira diferente por diferentes intérpretes, em diferentes épocas e em diferentes aplicações. A hermenêutica diz respeito à compreensão de textos, é certo. Mas desta compreensão hermenêutica faz necessariamente parte mais do que uma tradicional interpretação. Valendo-nos dos melhores esclarecimentos prestados por Gadamer, “compreender é sempre interpretar”⁷⁹⁰. E, constatando o autor que na compreensão tem sempre lugar algo como uma aplicação do texto que se quer compreender à actual situação do intérprete, obrigado se sente a considerar como um processo unitário não apenas o da compreensão e da interpretação, mas também o da aplicação. Este aspecto justifica, aliás, o relevo paradigmático que reconhece à hermenêutica jurídica, terreno em que a interpretação compreensiva e a aplicação práctico-normativa se afirmam num permanente diálogo constitutivo⁷⁹¹. Justifica de igual modo, pela própria concepção que lhe vai subjacente, grande parte do diálogo que entre Gadamer e Betti se estabeleceu a propósito daquilo que os apartava. Betti temia que uma concepção existencialista da hermenêutica como a de Gadamer conduzisse, eventualmente, a um desprezo pelos sentidos textuais, na própria impossibilidade de com exactidão garantir a sua compreensão. Na impossibilidade de garantir a objectividade dos resultados hermenêuticos. Em várias ocasiões, Betti acusa expressamente Gadamer de, através da eliminação da objectividade e da diferença história, ter conduzido a hermenêutica ao relativismo subjectivista⁷⁹². Ao ter operado uma acentuação da historicidade do sujeito, e a revalorização dos pré-juízos⁷⁹³ enquanto condição do entender, Gadamer estaria a pôr em perigo aquela objectividade, e a própria verdade do ser histórico. A censura de Betti

⁷⁹⁰ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, I vol., pp. 378 e ss.. A interpretação, esclarece o autor, “não é um acto complementar e posterior ao da interpretação, senão que compreender é sempre interpretar e, em consequência, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.

⁷⁹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 396 e ss..

⁷⁹² Os textos em que mais vigorosamente Betti desenvolveu a sua crítica à obra gadameriana terão sido “L’ermeneutica storica e la storicità dell’intendere”, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari*, 16, 1961, pp. 3-28, e *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Gaspare Mura, ed., Roma, Città Nuova, 1987. Cfr. Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, pp. 205 e ss.; Maurizio FERRARIS, *op.cit.*, pp. 328 e ss..

⁷⁹³ Betti não terá traduzido *Vorurteile* pela expressão pré-juízos, preferindo-lhe a de juízos pré-formados, por entender que, empregar a primeira, seria automaticamente apresentar a tese de como desesperada. Cfr. Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, pp. 205-206

vai apontada à generalização da *applicatio* como parte integrante da compreensão hermenêutica. Para o pensador italiano a aplicação deve circunscrever-se apenas às formas de interpretação normativa, enquanto nas outras “o presente gera interesse, o interesse noético em entender, mas deve permanecer fora do jogo na operação de transpor o sentido”⁷⁹⁴.

Referindo-se ao caso específico do jurista, que tanto desenvolve a interpretação como prático do Direito como enquanto historiador do Direito, Betti esclarece que o historiador se deve abster da *applicatio*, “evitando assim aquela fusão inconsciente de passado e presente que priva tanto o sujeito como o objecto da sua autonomia”⁷⁹⁵. Com o que voltamos à questão de saber se há ou não prejuízo no que a esta autonomia diz respeito. Curiosamente, também Gadamer atribui à hermenêutica jurídica um lugar de relevo no desenvolvimento da sua concepção hermenêutica. É verdade que todo o acto de compreensão comporta para ele um momento de criação, sendo sempre a verdade hermenêutica fruto do íntimo co-envolvimento da estrutura existencial do sujeito com o *chamado* objecto da interpretação. E dizemos *chamado*, porque a verdade é que esta é uma distinção expressamente rejeitada por Gadamer. Se em Betti a relação entre sujeito e objecto da interpretação surge ainda como uma das coordenadas fundamentais em torno das quais se processa a reflexão epistemológica, para Gadamer essa relação, enquanto polaridade, deixou de fazer sentido. E deixou de fazer sentido porque aquele que compreende vai já implicado na pré-compreensão, o que desde logo o situa no âmago do próprio objecto interpretativo. A interpretação não pode ser caracterizada a partir de uma relação entre um sujeito e um objecto, nem se pode bastar com a dialéctica proposta por Betti entre estes dois pólos, ou com o apelo à congenialidade entre autor e intérprete⁷⁹⁶. Gadamer esclarece a dada altura que a pertença do intérprete ao seu texto é como a do olho à perspectiva de um quadro⁷⁹⁷. Uma pertença que vai também mediada por um *continuum* histórico, por uma tradição, uma cultura, uma comunidade. As noções de pré-compreensão e de *applicatio* transfundem-se assim num processo de autêntica circularidade hermenêutica, em que o sujeito se funde com o

⁷⁹⁴ Cfr. Emilio BETTI, “L’ermeneutica storica e la storicità dell’intendere”, p. 22; *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, p. 94, *apud* Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, p. 207.

⁷⁹⁵ Cfr. Emilio BETTI, “L’ermeneutica storica e la storicità dell’intendere”, p. 23-26; *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, p. 95-98, *apud* Tonino GRIFFERO, *op.cit.*, pp. 207-208.

⁷⁹⁶ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método*, I. vol., p. 382.

⁷⁹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 401.

objecto, não deixando de por ele ir determinado⁷⁹⁸. E se este é um processo comum a toda a compreensão hermenêutica, como vimos, ele é exemplarmente nítido no que toca à hermenêutica jurídica, onde o conteúdo normativo da lei se tem que determinar em directa relação com o caso a que tem que se aplicar⁷⁹⁹.

A hermenêutica jurídica mostra-se, por outro lado, terreno propício à argumentação desenvolvida por Gadamer para rejeitar a distinção bettiana entre as funções recognitiva, reprodutiva ou normativa da interpretação⁸⁰⁰. Ou entre interpretação histórica, por um lado, e prático-normativa, por outro, se tivermos presentes as categorias apontadas por Betti no seio da hermenêutica jurídica. Uma argumentação que decorre, aliás, dos pressupostos fundamentais da concepção ontológica da hermenêutica, que levam a entender aquelas funções como momentos porventura diversos de um processo unitário⁸⁰¹. Neste contexto, Gadamer contesta a tradicional distinção metodológica trabalhada por Betti entre a interpretação jurídica levada a cabo pelo historiador, que o autor italiano vê como meramente recognitiva ou filológica, ou pelo jurista prático, de índole já normativa. Ora, para Gadamer, “a situação hermenêutica é a mesma para o historiador e para o jurista: frente a um texto, todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediata. Não há acesso imediato ao objecto histórico, capaz de nos proporcionar objectivamente o seu valor posicional. O historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve guiar o jurista”⁸⁰². A tensão existente entre o texto e o sentido que alcança a sua aplicação no momento concreto da interpretação é sempre constitutiva, o que se revela particularmente manifesto no domínio da hermenêutica jurídica, onde se reconhece que

⁷⁹⁸ Em Gadamer, diz-nos Ferraris, o texto não constitui uma objectividade portadora de um espírito alheio, e a respeito do qual possamos adoptar uma atitude antes de tudo crítica; pelo contrário, há em relação a ele uma pré-compreensão existencial que impede que se possa falar de uma polaridade entre sujeito e objecto: “de modo que o pressuposto da perfeição se vem a identificar com o facto iniludível da pré-compreensão”. Cfr. Maurizio FERRARIS, *op.cit.*, p. 368.

⁷⁹⁹ Esta reciprocidade determinativa – da norma que se concretiza e se determina em função do caso que vem a ser decidido em função da mesma norma – é uma ideia sobre a qual também Betti se debruça, nomeadamente ao tratar o sensível problema da qualificação jurídica. Cfr. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pp. 73 e ss..

⁸⁰⁰ Para o pensador germânico as dificuldades surgiriam no momento de inscrever os fenómenos em cada uma das “casas” daquela divisão. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, p. 381.

⁸⁰¹ Cfr. *ibidem*, p. 382.

⁸⁰² Cfr. *ibidem*, p. 399.

uma lei não pode ser entendida historicamente, devendo antes a interpretação concretizá-la na sua validade jurídica. “Se o texto, lei ou mensagem de salvação, se quer adequadamente entendido, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo mantém, deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e diferente. Compreender é sempre também aplicar”⁸⁰³. Para Gadamer, pois, todo o acto compreensivo, seja qual for a intencionalidade que a ele presida, integra um momento de aplicação que lhe imprime concretas determinações, e que, nessa medida, lhe confere uma índole profundamente criativa e nunca meramente reprodutiva. É nas exigências dessa aplicação que os sentidos se iluminam. Isto justifica que, ainda que confirmando à hermenêutica jurídica um estatuto diferenciador, para certos efeitos, Gadamer observe que o caso da hermenêutica jurídica não é um caso especial, sendo, pelo contrário, o domínio mais capacitado para devolver à hermenêutica histórica todo o alcance dos seus problemas e assim reproduzir a velha unidade do problema hermenêutico, em que se vêm a encontrar o jurista, o teólogo e o filólogo⁸⁰⁴. Contudo, se nesta unidade se dissolve, em certa medida, a distinção estrita entre aquelas várias funções hermenêuticas, se se estreita o vínculo existencial entre sujeito e objecto da interpretação, há no entanto fronteiras metodológicas que não se anulam. E que a isto não obste uma pretensa confinação da hermenêutica gadameriana a pressupostos intransitivamente ontológicos. Tal como Betti não se reduz a um metodólogo incapaz de compreender a exigência ontológica, também a fundamentação existencialista da hermenêutica gadameriana não implica liminarmente a rejeição de derivações metodológicas. Antes pelo contrário. A obra gadameriana não se esgota numa fenomenológica descrição daquilo que acontece⁸⁰⁵. Pondo em evidência o facto de que o

⁸⁰³ Cfr. *ibidem*, p. 380.

⁸⁰⁴ Cfr. *ibidem*, p. 401

⁸⁰⁵ Digamos que a realidade que descreve implica a adopção de determinadas metodologias de compreensão. No confronto intelectual que vai manter com Betti, tentando – ingloriamente – convencê-lo que uma teoria filosófica da hermenêutica não é uma metodologia, correcta ou incorrecta, Gadamer envia ao seu émulo uma famosa carta que ambos viriam posteriormente a reproduzir em vários textos. Uma carta com que muitos críticos justificam a irreduzível distância que apartava os dois mestres: “No fundo, não estou a propor um método, mas antes a descrever *aquilo que é*. E que as coisas são como as descrevi, penso que não poderia seriamente pôr-se em causa... Nem sequer um mestre do método histórico está em condições de se livrar por completo dos prejuízos do seu tempo, do seu entorno social, da sua posição nacional, etc. Tem isto que ser necessariamente um defeito? E ainda que o fosse, creio que filosoficamente é um dever pensar por que razão este defeito não deixa de estar presente cada vez que se

convite que nos dirige Gadamer para tomarmos consciência da determinação histórica da compreensão representa já um deslizamento sobre o plano metodológico, na medida em que fornece, ainda que indirectamente, toda uma série de indicações metódicas, Griffiero observa que não será por acaso que muitas hermenêuticas de carácter metodológico escolheram inspirar-se na obra de Gadamer⁸⁰⁶. E dentro daqueles parâmetros metodológicos referíamos-nos expressamente ao respeito e submissão que o sujeito intérprete sempre deve aos textos no âmbito da hermenêutica gadameriana, ainda que isso sempre tenha que ser devidamente equilibrado com as posições mais habitualmente atribuídas à mesma, que referem a dominância de critérios interpretativos exteriores ao texto. De qualquer modo, aquele respeito e aquela submissão poderão implicar, talvez, uma re-compreensão da autonomia a que antes nos referíamos. Uma das mais duras críticas dirigidas à hermenêutica ontológica é a da potencial equivalência de todas as interpretações e da real dificuldade em encontrar critérios para aferir da respectiva validade e legitimidade. Censura-se o facto de ter relativizado a verdade hermenêutica, elevando o intérprete e a sua subjectividade a protagonistas principais da obtenção dos sentidos⁸⁰⁷. Se toda a compreensão passa por uma aplicação, sendo concretamente determinada pelas especificidades inerentes ao momento de concretização, se o entendimento de cada realidade está condicionado pelo pré-entendimento que da mesma sempre já temos, enquanto sujeitos situados que somos, em que medida podemos garantir a validade das nossas interpretações? Quais os critérios

faz alguma coisa. Por outras palavras, considero científico apenas *reconhecer aquilo que é*, em vez de partir daquilo que deveria ou poderia ser. Neste sentido, procuro *pensar para lá* do conceito de método da ciência moderna – conceito que conserva a sua relativa legitimidade – com uma generalidade de princípio, aquilo que acontece *sempre*”. Cfr. *idem*, “Hermenêutica y historicismo”, in *Verdad y Método*, I vol., pp. 606-607.

⁸⁰⁶ Cfr. Tonino GRIFFIERO, *op.cit.*, p. 203.

⁸⁰⁷ Enquanto reconhece a Betti o mérito de manter a intenção subjectiva, isto é, os azares históricos que conduziram à formulação de um conteúdo jurídico, nos devidos limites, Gadamer censura-lhe uma irremediável fidelidade à interpretação psicológica fundada por Schleiermacher. “Por mais que tente superar este reducionismo psicológico, por muito que conceba a sua tarefa como a reconstrução do nexos espiritual de valores e conteúdos de sentido, não consegue, no entanto, formular este autêntico posicionamento hermenêutico a não ser através de uma espécie de analogia com a interpretação psicológica. (...) E surpreendentemente considera que com este psicologismo estrito de cunho romântico está assegurada a «objectividade» da compreensão, que considera ameaçada por todos aqueles que, na esteira de Heidegger, consideram erróneo este regresso à subjectividade da intenção”. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, pp. 605-606.

que nos permitem corroborar a legitimidade das mesmas? Como evitar, nomeadamente no campo da hermenêutica jurídica, a tão famigerada arbitrariedade decisional? Quais, no fundo, os limites da interpretação?

A isto Gadamer responde, muito serenamente, que os limites estão sempre no lugar. Curiosamente, apesar de genericamente os limites se encontrarem, para Gadamer, fora do texto, entende o autor a específica interpretação da vontade jurídica como uma forma de servidão, ao texto e à sua pretensão significativa dominante. “A tarefa de compreender e interpretar só acontece ali onde algo está imposto de forma que, como tal, é não abolível e vinculante”⁸⁰⁸. Nisto vê o filósofo aquilo que é verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica: o facto de o sentido que se trata de compreender só se concretizar e se completar na interpretação, mantendo-se, ao mesmo tempo, esta acção interpretativa inteiramente vinculada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo vêem na tarefa da aplicação uma liberdade frente ao texto, observa o autor⁸⁰⁹. E assim sendo, o terreno da interpretação jurídica parece particularmente devedor destas práticas compreensivas. Um terreno em que interpretar consiste em concretizar a lei em cada uma das suas aplicações, sem no entanto prescindir de limites que são impostos pelo próprio objecto da interpretação⁸¹⁰. Apesar disso, os verdadeiros limites da interpretação via-os o autor na essencial relação intersubjectiva estabelecida entre o texto e o leitor, e entre o leitor e a comunidade de leitores de que faz parte. É toda a envolvência cultural e institucional da prática de leitura a que impõe limites de sentido à mesma⁸¹¹. Toda a interpretação, como todo o texto, se insere numa certa

⁸⁰⁸ Cfr. *ibidem*, p. 401.

⁸⁰⁹ Cfr. *ibidem*, p. 405.

⁸¹⁰ Um terreno em que se torna claro que o sentido da *applicatio* não se identifica com uma aplicação posterior de uma generalidade dada, compreendida em si mesma, num momento anterior, a um caso concreto, mas antes como primeira e verdadeira compreensão da generalidade que cada texto dado vem a significar para nós. Cfr. *ibidem*, p.414.

⁸¹¹ Daí que não tenham razão os detractores da hermenêutica – na perspectiva dos seus defensores - quando censuram a absoluta contingência de sentidos inerente a esta doutrina: o texto pode permitir várias leituras possíveis, estando como está em contínua interacção com a sua cultura e com os referentes pré-compreensivos do sujeito que interpreta; estando, como está, dependente de um contexto aplicativo que em cada momento o coloca face a diferentes exigências. Mas a unidade de sentido é uma possibilidade que se preserva graças aos constrangimentos representados, precisamente, pelas relações intersubjectivas que em torno do texto, do seu leitor e da tradição em que este e os seus pares se inserem, se vão estabelecer. Cfr. Ian WARD, *Law and Literature*, pp. 43-44, *passim*.

tradição interpretativa que é, em primeiro lugar, a que vai inerente à preservação de uma cultura em geral, e depois a que subjaz a círculos culturais mais restritos, que são simultaneamente círculos profissionais. Este material, linguisticamente mediado, consubstancia aquele conhecimento pré-predicativo que se impõe a toda a compreensão, enquanto estrutura pré-constituída da compreensão⁸¹². Que condiciona a percepção que temos do objecto interpretativo sem, no entanto, anular a sua autonomia. A esfera jurídica partilha determinadas práticas de leitura, porque partilha toda uma cultura que actua como uma “gramática profissional”⁸¹³. Uma gramática que opera como “referente”, como critério da própria validade e legitimidade das interpretações que o jurista leva a cabo⁸¹⁴.

2. Uma leitura desconstrucionista do Direito

⁸¹²E que, no entender de Betti, subjectiviza excessivamente os processos de compreensão. José Lamego lembra que “a análise existencial, de Heidegger a Bultmann e Gadamer, nega que a compreensão hermenêutica seja simplesmente o desenvolvimento de uma melhor técnica interpretativa, assente na problematização da relação sujeito-objecto que se instaura entre leitor e texto. O círculo hermenêutico não é apenas uma estrutura interna ao texto, visto como objecto contraposto ao sujeito, mas é uma estrutura a que pertence o próprio sujeito interpretante”. Cfr. José LAMEGO, *op.cit.*, p. 186.

⁸¹³ Tomando a expressão de Bruce Ackerman, Owen Fiss considera uma “gramática profissional” o conjunto de regras a que a interpretação de um texto – jurídico, neste caso – tem que se submeter. Regras que variam consoante a natureza dos textos a interpretar, mas que têm sempre a função de constranger o intérprete, trazendo objectividade ao processo interpretativo e fornecendo critérios pelos quais se possa aferir da correcção da interpretação. Estas regras têm, por outro lado, uma natureza verdadeiramente institucional (profissional), contribuindo para a conformação da própria instituição de que os juízes fazem parte e através da qual actua. Fiss equipara-as, assim, às próprias regras da linguagem, que se impõem aos seus utilizadores e fornecem critérios para aferir dos usos da linguagem, ao mesmo tempo que constituem a própria linguagem. Cfr. Owen FISS, “Objectivity and interpretation”, in Sanford LEVINSON / Steven MAILLOUX, eds., *Interpreting Law and Literature. A hermeneutic reader*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1988, p. 233.

⁸¹⁴ Se as regras só são regras se forem autoritárias, diz-nos Fiss que essa autoridade só pode ser conferida pela comunidade. O que significa que estas regras, que disciplinam uma comunidade interpretativa, acabam também por definir uma comunidade interpretativa, que consiste naqueles que reconhecem a autoridade das mesmas regras. O que, por sua vez, nos vem alertar para a natureza sempre situada, relativa e limitada, da qualidade objectiva da interpretação. Cfr. *ibidem*, p. 234.

Esta a linha de argumentação subjacente à clássica teoria hermenêutica da interpretação, alimentada por Gadamer e trazida para o Direito por autores como Owen Fiss, Ronald Dworkin, Giuseppe Zaccaria ou mesmo James Boyd White⁸¹⁵. Naquele que é considerado um texto paradigmático desta clássica hermenêutica jurídica, intitulado “Objectivity and interpretation”, Owen Fiss começa por sublinhar que a interpretação, no domínio do Direito como no domínio da Literatura, não é nunca uma actividade completamente discricionária nem completamente mecânica, antes resultando da interacção dinâmica que se estabelece entre texto e leitor⁸¹⁶. Uma interacção a que continua a presidir uma fundamental intenção de objectividade. Aquilo que se pretende constatar é que esta ideia de objectividade não tem por que prescindir do papel criativo do leitor, e que qualquer tentativa de superação de modelos mecanicistas de aplicação de um Direito pré-ordenado à acção tem que tirar desta realidade as devidas ilações. Ao mesmo tempo que se põe em evidência a natureza irrefragavelmente pessoal de qualquer acto de compreensão, acentua-se o carácter limitado da liberdade interpretativa do intérprete. Reconhecendo que ao juiz, em primeira-mão, está reservada a complementação produtiva de Direito que ocorre em cada momento da interpretação/concretização/aplicação das fontes, Gadamer acrescenta que nem por isso o mesmo juiz deixa de estar sujeito à lei, exactamente como qualquer membro da comunidade jurídica. “Na ideia de um ordenamento jurídico está contido que a sentença do juiz não obedeça a arbitrariedades imprevisíveis, mas antes a uma ponderação justa do conjunto”⁸¹⁷. Ponderação justa que, se se deve afastar de imprevisíveis arbitrariedades, não pode no entanto deixar de conceder lugar de destaque ao arbítrio judicial. Ainda que mantendo o vínculo às fontes, como esperamos vir a mostrar.

Não se trata, pois, de reconhecer ao intérprete uma absoluta liberdade de atribuir aos textos o sentido que entender, mas antes de, acima de tudo, respeitar o texto na sua riqueza plurissignificativa. Respeitá-lo enquanto obra aberta que se constitui na interacção com o leitor, com outros textos e com outras leituras. E se para os

⁸¹⁵ Ver o nosso *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, max. pp. 61 e ss.. Para uma reflexão específica sobre hermenêutica jurídica de Gadamer, cfr. Antonio Osuna FERNÁNDEZ-LARGO, *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, em especial o cap. III, pp. 85-107.

⁸¹⁶ Cfr. Owen FISS, *op.cit.*, p. 229.

⁸¹⁷ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, p. 402.

hermeneutas ditos clássicos os limites estão aí, porventura ainda demarcados pelo próprio texto (e também “pela história, pela intenção, pela consequência...”⁸¹⁸), para leitores irreprimidos, para quem o texto é tudo e tudo é texto, só mesmo aí, mas ainda aí, se podem desenhar os limites. Para estes, desde logo para aqueles que se acolhem sob o signo da desconstrução, a natureza radicalmente ambígua e indeterminada dos textos, que é a ambiguidade e indeterminação da linguagem em que se exprimem, determina a impossibilidade de a qualquer formulação linguístico – textual se atribuir um sentido unívoco⁸¹⁹. Qualquer elemento, exterior ao texto, em que se pretenda ver um critério para aferir da validade e correcção de uma interpretação, estará também ele sujeito a esse processo de interpretação, dada a sua natureza necessariamente linguística, o que implica a contingência dos resultados interpretativos. Tal como Gadamer, também Derrida dá seguimento à filosofia existencialista de Heidegger, para quem “a linguagem é a casa do ser”. Uma linguagem a que os três atribuem⁸²⁰ uma enorme dificuldade em dizer seja o que for de forma inequívoca, pela sua própria capacidade em dizer mais do que aquilo que com ela se quis dizer, ou por dizer tanto como aquilo que não disse⁸²¹. Isto leva os leitores desconstrucionistas a tomar consciência das limitações da linguagem, por um lado, e a procurar os sentidos não apenas nos textos objecto de interpretação, mas nos lugares paralelos do texto, como o contexto ou o intertexto. Porque esses poderão conter em si aquilo que no texto não conseguiu representação oficial, e que será tão relevante para a sua compreensão como aquilo que efectivamente nele conseguiu figurar. Aquilo que o texto mostra são as

⁸¹⁸ Cfr. Owen FISS, *op.cit.*, p. 233.

⁸¹⁹ Cfr. Martin STONE, “Focusing the law: what legal interpretation is not”, in Andrei MARMOR, ed., *op.cit.*, *maxime* pp. 66-93. O texto de Stone inclui, em apêndice, uma particular nota sobre a desconstrução.

⁸²⁰ Sobre as aporias da desconstrução, cfr. Jacques DERRIDA, “Force de loi: le «fondement mystique de l’authorité»”, *Cardozo Law Review*, vol. 11, pp. 919-1045, 1990. Este texto, escrito por Derrida para o colóquio sobre “Deconstruction and the possibility of justice”, promovido em 1989 pela Cardozo Law School, foi traduzido para italiano por Giovanni Scibilia, com o título de “Diritto alla giustizia”, e integrado na colectânea de textos seguinte: Jacques DERRIDA / Gianni VATTIMO, dir., *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 3-36. Ver igualmente Petra GEHRING, “Force and the mystical foundation of law: how Jacques Derrida addresses legal discourse”, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=545>; Margaret DAVIES, “Derrida and law: legitimate fictions”, in Tom COHEN, ed., *Jacques Derrida and the humanities. A critical reader*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 213-237.

⁸²¹ A noção de rasto é central na prática de leitura desconstrucionista de Derrida.

decisões, as escolhas, feitas por quem o escreveu. Escolhas muitas vezes inconscientes, em que determinadas formulações, determinadas ideias, determinados princípios, se tornaram dominantes em detrimento de alternativas igualmente válidas. Escolhas cujos resultados, a dada altura, nos parecem tão naturais que nos levam a esquecer que na sua origem esteve efectivamente uma escolha. Ora, para estes leitores, na construção do sentido do texto é fundamental convocar aquilo que pelo mesmo foi excluído, na sua configuração final, e a que Derrida dá o nome de rasto. Rasto que é estrutural a qualquer texto, dele sempre fazendo parte. Esta perspectiva torna-se assim um interessante ponto de partida para uma reflexão desconstrucionista do discurso jurídico, como a que têm empreendido autores como Stanley Fish, Jack Balkin ou Alberto Andronico, entre tantos outros⁸²². Uma reflexão que, voltamos a insistir neste ponto, é reveladora da extraordinária dimensão ética que qualquer leitura em geral deve comportar, revestindo-se essa dimensão de uma especial acuidade no que às leituras do Direito diz respeito. Ao trazer a desconstrução para o domínio do discurso jurídico, pretendem estes autores mostrar até que ponto é também o Direito uma realidade contingente, fruto de escolhas, de decisões, que são elas próprias fruto de particulares interpretações da realidade social. Aos seus olhos, o universo jurídico surge como o exemplo acabado da confusão entre sentido e domínio; um universo em que os sentidos oficiais abafam contradições, incoerências e instabilidades próprias de qualquer realidade, fazendo crer que a realidade de uma ordem jurídica estadual constitui uma grandeza naturalmente organizada em múltiplas hierarquias, quando, bem vistas as coisas, estas nada têm de natural⁸²³. Isto justifica o desabafo de Andronico segundo o qual a perspectiva da desconstrução trata de “pôr a nu o carácter humano, demasiado humano, do discurso

⁸²² Cfr. Stanley FISH, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982, 2nd pr; *idem*, *Doing What Comes Naturally*, Oxford, Clarendon Press, 1989; *idem*, “Fish v. Fiss”, in Sanford LEVINSON / Steven MAILLOUX, eds., *Interpreting Law and Literature*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1988, pp. 251-284; Jack M. BALKIN, “Deconstructive Practice and Legal Theory”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, pp. 743 e ss., 1987; *idem*, “A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason”, in Peter BROOKS / Paul GEWIRTZ, eds., *op.cit.*, pp. 211-224; *idem*, “Deconstruction, transcendent Justice”, *Michigan Law Review*, vol. 92, pp. 1131 e ss., 1994; Alberto ANDRONICO, *op.cit.*.

⁸²³ Cfr. Joana Aguiar e SILVA, “La desconstrucción y la interpretación descodificada: la ilusión del texto sagrado”, in Michael JACOB / Juan RIGOLI, eds., *Between Literature and law: on voice and voicelessness, Compar (a) ison An international Journal of comparative Literature*, University of Grenoble, Grenoble, France, I, 2003, pp. 155-167.

jurídico, chamando assim o jurista à responsabilidade que lhe é própria”⁸²⁴. E nesta responsabilidade vai envolvida a referida dimensão ética imanente a estas práticas de leitura, que aqui se revela na necessidade de, para produzir sentidos legítimos, acolher o excluído, o esquecido ou preterido: a necessidade de compreender o oprimido para cabalmente dar sentido ao opressor. O que pretende a desconstrução é revelar as contradições inerentes a todo o texto, mostrando que os seus sentidos, tantas vezes fixados autoritariamente, nada têm de obrigatório, inequívoco ou necessário. O que pretende é, em última instância, reintegrar as faces excluídas do poder, mostrando que todas as faces da realidade têm direito ao seu espaço⁸²⁵. O que não pode ser confundido com um apelo à indeterminação, ao sem sentido, ou com uma apologia da anarquia. Estes os habituais estereótipos negativos associados à desconstrução, rebatidos por Balkin quando esclarece que “a desconstrução não é uma chamada para esquecermos a certeza moral, mas para lembrarmos aspectos da vida humana que foram empurrados para trás pelas necessidades das concepções jurídicas dominantes. A desconstrução não é uma negação da legitimidade de regras e princípios; é a afirmação das possibilidades humanas que foram negligenciadas ou esquecidas no privilegiar de ideias jurídicas particulares”⁸²⁶. O apelo ao contexto e aos laços intertextuais faz-se em obediência à intenção de identificar o outro do texto, num sistema aberto em que o respeito por esse outro, sempre linguisticamente mediado, obriga à potencial variação de sentido do primeiro. Isto sem nunca esquecer a natureza extraordinariamente plástica da linguagem, indeterminada e ambígua até interpretação em contrário.

E se este é realmente um dado acentuado pela desconstrução, por esta prática particularmente exigente e responsável de leitura, ele não deixa de ser partilhado pela hermenêutica. Ainda que nesta se mantenha o compromisso com a objectividade, pela própria admissibilidade da existência de limites de interpretação exteriores ao texto, e mesmo que nesta a partilha de sentidos seja ainda algo que o horizonte compreensivo

⁸²⁴ Cfr. Alberto ANDRONICO, *op.cit.*, p. 41.

⁸²⁵ Isto mesmo faz Rosenfeld afirmar que, desde que um sistema jurídico opere num contexto plural, do qual façam parte diversos grupos, e através da aplicação de leis gerais que sejam universalmente aplicáveis, o Direito reúne as duas condições que o legitimam a abraçar a desconstrução. Cfr. Michel ROSENFELD, *op.cit.*, p. 30. Cfr. igualmente Guyora BINDER / Robert WEISBERG, *op. cit.*, pp. 380-391; 398-407.

⁸²⁶ Cfr. J.M.BALKIN, “Deconstructive Practice and Legal Theory”, p. 763.

permite contemplar. Esta talvez seja a mais significativa diferença entre estas duas orientações, que, mais do que em natureza, diferem sobretudo em grau⁸²⁷.

3. A hermenêutica jurídica entre ontologia e metodologia

De qualquer forma, fundamental nos parece ser a diferente perspectiva que sobre a realidade jurídica lançaram as correntes hermenêuticas. A falência do modelo liberal e oitocentista de conceber o Direito, a sua criação e a sua aplicação, viu-se reforçada pelo reconhecimento da centralidade dos processos interpretativos no universo jurídico. Pela centralidade que aí assume a mediação linguística e discursiva, pelo modo como a aplicação normativa das fontes de juridicidade transforma substancialmente essas mesmas fontes. Pela reconhecimento da natureza essencialmente insuperável da distância que existe entre a generalidade da lei e a concretude da situação juridicamente relevante, e que torna imperativo o momento metodológico-hermenêutico.

Gadamer observa a dada altura que “não é nada evidente que a hermenêutica jurídica tenha que pertencer ao nexo de problemas de uma hermenêutica geral. De facto, nela não se trata de uma reflexão de carácter metodológico, como acontece na filologia e na hermenêutica bíblica, mas antes de um princípio jurídico subsidiário. A sua tarefa não é a de compreender proposições jurídicas vigentes, mas antes a de encontrar direito, isto é, de interpretar as leis de modo a que o ordenamento jurídico cubra inteiramente a realidade”⁸²⁸. Mas isto mais não é, parece-nos, senão a reafirmação da natureza verdadeiramente existencial de uma hermenêutica que, se não se confunde com uma metodologia, também não se compreende sem uma constitutiva *applicatio*. É uma *applicatio* que de modo algum se pode tomar por uma mera actualização ou histórica recompreensão, no presente, dos textos do passado. Temos aqui que discordar do entendimento de Castanheira Neves, que parece apelar precisamente a essa caracterização daquele momento aplicativo para justificar a rejeição do entendimento hermenêutico da interpretação jurídica. Observa o mestre que o exemplo que Gadamer pretende ver na interpretação jurídica “serve apenas para justificar, no plano geral da hermenêutica, uma particular conexão (e tensão) entre o passado e o presente que se

⁸²⁷ Cfr. Ian WARD, *op.cit.*, pp. 43 e ss..

⁸²⁸ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, p. 612.

manifesta na interpretativa compreensão daquele, posto que o passado deveria ser lido na consciência histórica dessa leitura ... E isto determinaria uma «aplicação» ou o carácter «efectual» dessa compreensão-interpretação: lê-se ou interroga-se o passado para dar resposta a um problema posto no presente e, por isso, «na compreensão verifica-se uma aplicação do texto que se quer compreender à situação actual do intérprete – compreender é sempre também aplicar». Trata-se, afinal de acentuar o carácter de «actualização» ou de histórica re-compreensão, no situacional horizonte do presente dos monumentos - texto do passado. E daí que a hermenêutica histórica, posto que invoque a favor dessa conclusão o exemplo da concretizadora interpretação jurídica, se continue a distinguir fundamentalmente dessa interpretação – a qual está longe de se esgotar numa recompreensão dos textos jurídicos estimulada pelo horizonte histórico (interrogante) do caso”⁸²⁹. Não nos parece convincente a leitura que Castanheira Neves aqui faz da noção gadameriana de *applicatio*. Nem da concepção hermenêutica global de Gadamer, aquela de que o autor encontra exemplo paradigmático na interpretação jurídica (a qual não se pretendeu nunca, pelo contrário, exemplo da hermenêutica histórica). Curiosamente, o autor vem a transcrever esta mesma passagem de Gadamer, com que iniciámos o parágrafo e sobre a qual agora reflectimos, para demonstrar o alegado recuo do autor alemão a propósito das relações entre hermenêutica e interpretação jurídica. Uma passagem que, se é para Castanheira Neves inequívoca, é para nós bastante menos do que isso. O que é para Gadamer uma hermenêutica geral, a cujonexo de problemas poderá não pertencer a hermenêutica jurídica? Aquela que Betti desenha na sua obra, como metodologia geral das ciências do espírito, e que obedece a um determinado conjunto de cânones interpretativos, como os que vão apontados pelo mesmo autor? Já vimos as objecções que a essa levanta o autor alemão. Entendemos esta passagem de Gadamer em função do relevo paradigmático que atribui precisamente à hermenêutica jurídica. Que vai dotada disso mesmo: de um relevo paradigmático, exemplar, no seio da sua concepção ontológico – hermenêutica (que se distancia de uma metodológica hermenêutica geral). Uma concepção em que a compreensão vai sempre exigida pela linguisticidade das manifestações humanas, e em que essa mesma compreensão exige o momento metodológico da aplicação. E se, teoricamente, se pode falar em compreensão meramente filológica ou meramente histórica, essas são realidades que não existem em si mesmas, dada a centralidade do momento operativo na

⁸²⁹ Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, p. 77.

hermenêutica gadameriana. Betti refere-se à hermenêutica jurídica como um caso particular da hermenêutica em função normativa, da qual claramente distingue uma hermenêutica em função recognitiva e uma hermenêutica em função reprodutiva. Estas, sim, que obedeceriam às regras gerais da ciência hermenêutica⁸³⁰. Gadamer, já o vimos, considera aquela uma inaceitável cisão da imanente unidade hermenêutica, que não se compadece com a estrita obediência a um leque de critérios metodológicos. Mais uma vez não deixa de nos parecer estranho que o próprio Castanheira Neves reconheça, a dado passo, que tendo a hermenêutica deixado de ser apenas a tradicional *ars* de interpretação de textos, “para se assumir numa referência ontológica à própria existência humana, já que o compreender se revelou na analítica dessa existência, como um «modo fundamental do ser, do *Dasein*» enquanto ser finito e histórico no mundo, analogamente se poderá afirmar que «o ser-no-direito pertence ao ser do homem» (como ser comunitário em coexistência de mútuo reconhecimento) e que nesses termos sempre uma compreensão e, portanto, uma hermenêutica será base constitutiva do direito”⁸³¹. E não se percebe por que razão, ainda assim, Castanheira Neves insista em acentuar a partir daqui a inaplicabilidade da hermenêutica *tradicional* à metodologia da interpretação jurídica, quando já assentámos em ultrapassar os limites daquela, e quando já aceitámos que a filosofia hermenêutica não é um método⁸³². Sem com isso descartar, acrescentamos nós, a hipótese de essa filosofia poder informar este método.

4. Os limites da interpretação (jurídica)

A verdade é, no entanto, que, com maiores ou menores especificidades hermenêuticas, o Direito vive da construção e transmissão de textos e de sentidos, que se vão determinando em sucessivos e complexos momentos compreensivo-aplicativos.

⁸³⁰ A afirmação de Gadamer faz-se precisamente no contexto do diálogo com Betti, pelo que ele continua aquela passagem dizendo que, “uma vez que a interpretação possui aqui uma função normativa, um autor como Betti pode separá-la por completo da interpretação filológica, e mesmo deste género de compreensão histórica, cujo objecto é de natureza jurídica (constituições, leis, etc.). A interpretação da lei em sentido jurídico é um fazer criador de direito, isto também é indiscutível”. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, p. 612-613.

⁸³¹ Cfr. António Castanheira NEVES, *op.cit.*, p. 49.

⁸³² Cfr. *ibidem*, p. 47.

E um dado hermenêutico permanece aqui de fundamental interesse: afirmava Gadamer que verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica era, por um lado, o facto de os sentidos a compreender apenas se completarem, se determinarem, no momento da sua interpretação concretizadora; por outro, o facto de nunca essa interpretação criativa se poder desvincular dos sentidos contidos no texto⁸³³. E este é um ponto que, no Direito ou na Literatura, ou na leitura de qualquer texto, é extremamente importante, sobretudo tendo em vista determinadas orientações interpretativistas que se foram desenvolvendo ao longo do séc. XX, advogando a completa liberdade do intérprete na determinação dos sentidos textuais. “Por jogos de influência muitas vezes impossíveis de captar, a tradição hermética alimenta todos os comportamentos críticos pelos quais um texto não é senão a corrente das respostas que produz, onde se considera (...) que um texto não passa de um piquenique em que o autor traz as palavras e os leitores o sentido”⁸³⁴. A dada altura torna-se necessário travar certas incontínuas interpretativistas, que entendem poder prescindir do texto, dada a sua radical indeterminação e ambiguidade. Únicos limites à determinação de sentidos parecem ser a discricionariedade e o arbítrio do intérprete.

É contra estas posições que Umberto Eco traça os seus *Limites da Interpretação*, reconhecendo-se menos devedor da autoridade do leitor do que noutros tempos, e afirmando a irrecusável autoridade textual na delimitação dos seus próprios sentidos. Um texto pode acolher diferentes interpretações, pode vir a assumir sentidos de que nunca o seu autor o quis dotar, pode informar situações para as quais nunca foi pensado. Mas um texto, ainda que aberto, é sempre um texto, e um texto, podendo suscitar infinitas leituras, não permite no entanto qualquer leitura possível. “É impossível dizer qual a melhor interpretação de um texto, mas é possível dizer quais são as erradas (...) Depois de um texto ser produzido, é possível fazê-lo dizer muitas coisas – em certos casos um número potencialmente infinito de coisas – mas é impossível – ou pelo menos criticamente ilegítimo – fazê-lo dizer o que não diz. Muitas vezes os textos dizem mais do que os seus autores tinham intenções de dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes queriam que dissessem”⁸³⁵. E isto parece-nos especialmente relevante no terreno da hermenêutica jurídica, onde valores como os da certeza do Direito, da

⁸³³ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, p. 405.

⁸³⁴ Cfr. Umberto ECO, *Os limites da interpretação*, Lisboa, Difel, 1990, p. 60.

⁸³⁵ Cfr. *ibidem*, p. 119. Entre a inacessível intenção do autor e a discutível intenção do leitor, observa Eco, existe a intenção transparente do texto que refuta uma interpretação insustentável. Cfr. *ibidem*, p. 132.

igualdade de tratamento ou da possibilidade de controlar as soluções, procuram hoje fundamentos diferentes daqueles que pretendiam garanti-los no passado. Um terreno em que o cultivo da hermenêutica realçou a complexidade do processo de aplicação do Direito, que deixou de poder ser visto como um processo linear e mecânico, para passar a constituir, conscientemente, um círculo argumental de perguntas e respostas, entre norma e realidade, ao qual preside uma pré-compreensão cultural e profissional⁸³⁶. Ou seja, um círculo onde fundamental se revela o papel desempenhado pelo intérprete, pela sua subjectividade, e por todo um conjunto de variáveis cuja intervenção nos processos de decisão se mostra de difícil sindicância.

Giuseppe Zaccaria, um dos mais lúcidos pensadores da actual hermenêutica jurídica, e também um dos que nos é mais caro, observa que à crescente afirmação do paradigma hermenêutico no seio da teoria jurídica correspondeu uma deslocação da reflexão metodológica da problemática dos fundamentos éticos, relativos à definição do Direito e à identificação dos critérios da sua validade, para os problemas da técnica aplicativa do Direito⁸³⁷. Nesse sentido considera como característica específica da hermenêutica jurídica o facto de protagonizar uma tentativa de redefinição das relações entre a teoria e a prática, precisamente através da acentuação do momento aplicativo no processo interpretativo. Na comunhão hermenêutica em que se confundem interpretação e aplicação vai, para o autor, a chave explicativa que permite colher o exacto alcance da aportação criativa do direito jurisprudencial em relação à lei. Uma aportação em que a dimensão criativa estabelece com a necessária dependência um delicado equilíbrio. Zaccaria refere-se a esta como sendo uma relação de inovação a partir do vínculo da dependência⁸³⁸: “de inovação – aspecto certamente enfatizado pela hermenêutica

⁸³⁶ Referindo-se às diferentes competências que caberiam ao juiz e ao legislador, observa Luís Prieto Sanchís a dificuldade cada vez maior que existe, nos nossos dias, em sustentar a velha imagem da decisão jurídica como uma espécie de conclusão lógica obtida a partir de normas vigentes indubitadas e de enunciados empíricos verdadeiros. “Só carece de justificação aquilo que não é nem evidente nem arbitrário; se o sentido das decisões judiciais já não se mostra evidente, e os seus autores também não querem aparecer como arbitrários, então parece lógico que tenham que ganhar a legitimidade através da sua actuação, isto é, no *iter* que conduz desde a inicial informação fáctica e normativa à resolução ou sentença; um *iter* que se resolve numa tentativa de justificação tanto das premissas como do seu desenvolvimento”. Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, pp. 275-277.

⁸³⁷ Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'Arte dell'interpretazione*, p. 5.

⁸³⁸ Fala, a este propósito, da existência de uma criatividade derivada, por oposição à criatividade originária de que disporia o legislador e, lembrando a oportunidade da distinção traçada por Joseph Raz

jurídica -, já que a conexão hermenêutica entre interpretação e aplicação, entre interpretação dos enunciados normativos e circunstâncias de facto, abre a lei a significados normativos incessantemente renovados; de dependência, já que este reencontro de novos significados normativos se desenvolve sempre movendo do ponto

entre a identificação de direito existente e a criação de direito novo, sublinha a impossibilidade de identificar - descobrir - direito existente sem criar novo direito. Pelo menos no sentido em que uma dimensão criativa é intrinsecamente co-natural a essa identificação. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 127. Sobre esta diferente criatividade e sobre a complementaridade que deve existir entre lei e sentença, ver também, do mesmo autor, “La libertà dell’interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica”, in *Questioni di interpretazione*, pp. 145-154, trad. esp. Ana Messutti, “La libertad del intérprete: creación y vínculo en la praxis jurídica”, in Giuseppe ZACCARIA, *Trabajos compilados por Ana Messuti, Razón jurídica e interpretación*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 125-143. Centrando a sua atenção na argumentação analógica como instrumento fundamental da mediação dialéctica entre os inconciliáveis pólos do fáctico e do normativo, Manuel Salguero observa que, ao juiz, podendo não caber a tarefa de criar Direito em sentido originário, sempre competirá, pela sua posição de pontífice ou mediador, verter a estrutura do sistema jurídico na complexidade da *praxis*. E essa é uma tarefa eminentemente criativa e dinâmica, em que “é preciso argumentar sem descanso para legitimar o discurso, há que imaginar ou construir ficções, é preciso inovar construtivamente, detectar os «jogos» da «textura aberta» da linguagem, apreciar as decisões no magma da indeterminação e da incerteza, criar novas figuras e metáforas, reinventar artificios, proporções e relações... A dimensão heurística, integradora e autopoietica da argumentação por analogia é uma peça fundamental nesta tarefa encomendada ao juiz de dizer e de aplicar o Direito”. Cfr. Manuel SALGUERO, *Argumentación jurídica por analogia*, 2002, p. 182. Neste mesmo sentido, cfr. Martin P. GOLDING, *Legal Reasoning*, Ontario, Broadview Press, 2001, *maxime* pp. 44-49; 97 e ss.; Dan HUNTER, “Reason is too large: analogy and precedent in law”, *Emory Law Journal*, vol. 50, pp. 1197 e ss., Fall 2001; Scott BREWER, “Exemplary reasoning: semantics, pragmatics and the rational force of legal argument by analogy”, *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 925 e ss., March, 1996; Giuseppe ZACCARIA, “Analogy as legal reasoning – the hermeneutic foundation of the analogical procedure”, in Patrick Nerhot, ed., *Legal Knowledge and analogy. Fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1991, pp. 42-70; Bernard JACKSON, “Analogy in the legal science: some comparative observations”, in *ibidem*, pp. 145-164; Vittorio VILLA, “Legal analogy between interpretive arguments and productive arguments”, in *ibidem*, pp. 165-182. Reclamando a capital importância do princípio da igualdade na esfera do discorrer analógico, Fernando Bronze oferece uma fundamental problematização da dimensão axiológica da analogia metodologicamente revelante. “A vida não nos oferece situações que possam dizer-se absolutamente iguais, pelo que são a radical «analogicidade» da prática e a adequadamente afinada «experiência» possibilitante da pré-compreensão do recíproco significado das relações que a entretecem os pólos densificadores do mencionado princípio”. Cfr. Fernando José BRONZE, *A metodologias entre a semelhança e a diferença*, p. 572.

de observação do texto da lei”⁸³⁹. No fundo, talvez aqui possamos encontrar o fundamento para uma nova concepção da positividade jurídica: uma em que o direito não mais se possa ver como estatuído através de actos de positivação, mas antes deva ser encarado como constituído mediante processos de positivação⁸⁴⁰. Zaccaria observa que a teoria hermenêutica, acentuando a natureza criativa da interpretação jurídica, que, partindo de um ou mais textos precisos, produz um texto em que reformula a disposição normativa, transforma a estática positividade do Direito, antes concebida como objectividade fechada e distinta do sujeito interpretante, num ininterrupto processo de positivação, indissociável dos actos que constituem o Direito como “posto”⁸⁴¹. E indissociável, na mesma medida, do próprio sujeito interpretante, que passa assim a fazer parte integrante e irrenunciável dos próprios processos de determinação do Direito. Também o contributo de Grossi para superar o anquilosado modelo jurídico da modernidade parece passar por aqui. Para o reputado medievalista, o único instrumento capaz de tirar ao Direito o tradicional esmalte potestativo e autoritário nele impresso pelo século XIX, será o de conceber a sua produção como um processo que não termina com a aprovação da norma, mas que comporta um decisivo momento ulterior, o interpretativo, enquanto momento próprio da formação da realidade complexa da norma. A solução passa, assim, por reconhecer à interpretação um papel determinante como condição necessária para a concretização da positividade da própria norma⁸⁴².

Esta, verdadeiramente, uma das fundamentais virtudes da hermenêutica jurídica. Gadamer equiparava a hermenêutica ao modelo da filosofia prática aristotélica, enquanto agir mediador que, movendo-se entre os terrenos da razão teórica, dedutiva e formal, e a pura irracionalidade, emotiva e arbitrária, permitiria recuperar e reformular diferentes padrões de racionalidade. Precisamente aqueles que ao Direito mais conviriam⁸⁴³. A virtude a que antes nos referíamos encontra-se na conjugação daqueles que Zaccaria designa como os dois tempos da questão hermenêutica, quanto a ele

⁸³⁹ Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'Arte dell'interpretazione*, pp. 55-56.

⁸⁴⁰ José Lamego entende que isso mesmo foi o que Esser tentou demonstrar, tanto em *Grundsatz und Norm* como em *Vorverständnis und Methodenwahl*. Cfr. José LAMEGO, *op.cit.*, p. 214.

⁸⁴¹ Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'Arte dell'interpretazione*, *op.cit.*, p. 58.

⁸⁴² Cfr. Paolo GROSSI, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, *op.cit.*, p. 59.

⁸⁴³ Os mesmos padrões de racionalidade jurídica que vêm a ser propugnados pela Nova Retórica de Perelman. Cfr., v.g., *A lógica jurídica, max.* o cap. I da II parte, pp. 141-181. Sobre a questão, também Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

claramente identificáveis, desde logo, no itinerário metodológico de Esser. Uma das primeiras preocupações da hermenêutica jurídica centrou-se no reconhecimento da criação de Direito por parte dos juízes e dos tribunais. Neste reconhecimento, demonstrado numa série de linhas de acção, foi ganhando um enorme relevo, e exigindo urgente resolução, a necessidade de estabelecer limites legítimos, passíveis de controlo, a esses mesmos processos criativos⁸⁴⁴. Os juízes criam Direito, porque não podem deixar de o fazer, num processo que é co-natural à própria aplicação do mesmo Direito. Importa agora incorporar esse dado inquestionável em novos esquemas metodológicos que, assimilando-o, o racionalizem. Os juízes criam Direito. Mas não de forma absolutamente livre, não de modo arbitrário e puramente subjectivo. Ainda que, sem dúvida, também, gozando de alguma margem de discricionariedade e fazendo uso do seu natural, e durante décadas abafado, arbítrio judicial.

5. Determinação hermenêutico-normativa dos factos juridicamente relevantes

De modo consciente e intencional, temos até aqui deixado parcialmente na sombra um aspecto extremamente importante em todo o programa de trabalho desenvolvido pela hermenêutica jurídica. Não é apenas sobre o material normativo, maioritariamente legislativo, que vai ter que operar o intérprete do Direito. A especificidade da sua tarefa hermenêutica repousa, em larga medida, na operação que consiste em superar o fosso existente entre a generalidade das normas, que é a generalidade dos textos, e a singularidade do caso individual: a interpretação tem uma natureza eminentemente intermediária⁸⁴⁵, operando entre a universalidade do texto e a concretude da situação histórica em que o mesmo texto é convocado. E à interpretação jurídica compete estabelecer a correspondência entre a universalidade dos textos jurídicos,

⁸⁴⁴ Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 15. Referindo-se a Esser e ao seu fundamental papel na tradução em termos jurídicos dos principais pressupostos da hermenêutica filosófica, Zaccaria considera legítimo incluir o pensamento metodológico do autor germânico na corrente que alguns designam de Jurisprudência das Valorações, outros de Hermenêutica Jurídica.

⁸⁴⁵ Daí, e da semelhança fonética existente entre Hermes e hermenêutica, derivou a ligação espúria que entre o mensageiro dos deuses, que exercia uma actividade de cariz prático, levando anúncios ou profecias, e o exercício transformativo e comunicativo em que consiste a hermenêutica, se foi estabelecendo. Cfr. Maurizio FERRARIS, *op.cit.*, p. 5.

abstractamente normativos⁸⁴⁶, e a particularidade das situações de facto juridicamente relevantes, em toda a sua manifesta complexidade e em toda a sua diversidade. É neste complicado processo de aplicação que ocorre o nascimento da norma, enquanto disposição concretamente normativa que vai permitir resolver uma determinada situação. Um processo em que o marco legislativo não se anula, antes permanecendo como limite do perímetro normativo dentro do qual a criação jurisprudencial de Direito acontece. E esta é uma delimitação fundamental, se não queremos cair em certo tipo de excessos anti-normativistas como aqueles em que podem cair algumas propostas hermenêuticas e retóricas. Propostas que, sobrevalorizando o papel normativamente constitutivo do momento de aplicação do Direito, desvalorizem excessivamente a natureza normativa dos textos jurídico-legais. Não se trata já de reconhecer os limites textuais enquanto limites de sentido; trata-se agora de reconhecer nesses textos a presença de uma normatividade que, em certa medida, é prévia a qualquer concretização constitutiva dos mesmos⁸⁴⁷.

Mas embora esta delimitação aconteça, numa série de diferentes estratos, há que tomar consciência que no âmbito dessa aplicação, que se verte numa decisão, papel de destaque é desempenhado pelas circunstâncias de facto, pelo caso concreto. E aqui, verdadeiramente, ganham sentido muitas das reflexões que ao longo deste texto fomos fazendo. Nomeadamente em relação ao reconhecimento da falta de clareza inerente à distinção entre as tradicionais matéria de Direito e matéria de facto. Qual o grau de autonomia de que goza a respectiva determinação? Naturalmente, não são todos os factos os que submetemos à apreciação do Direito: interessam-nos os factos juridicamente relevantes. Mas o que são factos juridicamente relevantes? Um jurista apreende a realidade fáctica com um olhar profissional, fazendo escolhas muitas vezes inconscientes, determinadas pela pré-compreensão que tem do universo de conhecimento em que se move. A compreensão que possui da ordem jurídica em que se move vai-se repercutir na apreciação das concretas situações de facto, vai influir na selecção dos aspectos do caso que se consideram relevantes, vai condicionar a qualificação jurídica que vai impor a cada concreta ocorrência; reciprocamente, o conhecimento das realidades fácticas e dos concretos contextos sociais em que os factos

⁸⁴⁶ Sobre a positiva normatividade abstracta da norma jurídica e a sua superação mediante a própria realização concretizadora, cfr. António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, p. 80.

⁸⁴⁷ Cfr., entre outros, Luis PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica, op.cit.*, p. 63.

se acolhem, penetra de forma indelével no entendimento que tem e que vai tendo dos próprios preceitos jurídicos. O modo como compreende o critério jurídico que no texto legislado encontra objectivação é função do próprio problema que suscita essa compreensão e a que tem que dar solução. Este um dos aspectos particulares em que se manifesta a circularidade hermenêutica da compreensão, a demonstrar que a pré-compreensão opera a diversos níveis⁸⁴⁸. Não se trata apenas de fazer reflectir na compreensão da norma o conhecimento que se tem da ordem jurídica, ou no conhecimento que se tem desta a vivência de todo um mundo de sentidos e experiências partilhadas. Sentidos e experiências que encontram expressão histórica numa cultura e numa linguagem, que concorrem assim para orientar a determinação jurídica que se procura, e que permitem inseri-la num tecido de racionalidade e de prática colectiva⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ Robert Alexy distingue três tipos de círculo hermenêutico no âmbito da jurisprudência. O primeiro é aquele que se estabelece entre a pré-compreensão, entendida enquanto hipótese com que o intérprete se aproxima do texto, e o texto; o segundo diz respeito à relação entre a parte e o todo, entre a norma e a ordem normativa; o terceiro incide na relação, precisamente, entre a norma e os factos. Os três configuram, respectivamente, os postulados da reflexão, da coerência e da completude: postulados de racionalidade, que emergem da perspectiva hermenêutica sobre a estrutura da compreensão. Cfr. Robert ALEXY, “Interpretazione giuridica”, in *Enciclopedia della scienze sociali*, vol. V, Roma, Treccani, 1996, pp. 65-66. Uma interessante reflexão sobre a teoria da interpretação jurídica de Alexy pode ser encontrada em Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “Algumas notas sobre a teoria da interpretação jurídica de Robert Alexy”, *Scientia Iuridica*, Tomo LV, 2006, n.º 305, pp. 7-21.

⁸⁴⁹ Zaccaria vê na pertença de um intérprete a uma comunidade interpretativa o equilíbrio entre a autonomia do sujeito e o horizonte da tradição, que consente a preservação no tempo de significados normativos. “Na experiência da interpretação”, refere o autor, “o indivíduo coloca-se no seio de uma comunicação hermenêutica realmente vivida, de uma série de experiências historicamente sedimentadas na linguagem jurídica, que concorrem para orientar a sua *Rechtsfindung* e para a inserir num tecido de racionalidade e de prática colectiva. Assim, a subjectividade do jurista/intérprete situa-se no interior do contexto objectivo, da identidade estrutural da experiência jurídica no seu unitário «sistema de permanência»(...); e só a partir da radicação neste património comum de experiência e de conhecimento, que é muito mais do que um acumular de factos, ganha significado o papel activo de quem, interpretando-a, tal experiência recebe, custodia e transmite”. Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. XVI. Numa perspectiva paralela, Aroso Linhares identifica a afirmação (integradora) da comunidade com a cura prática do diálogo intercultural e com a opção ética do tradutor, no que constitui “a única experiência plausível (contingente embora) da universalidade”. Cfr. José Manuel Aroso LINHARES, *op. cit.*, p. 723. Sobre o conceito de comunidades interpretativas e o seu relevo no âmbito da interpretação jurídica, cfr., em geral Stanley FISH, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*; *idem*, *Doing what comes naturally*; José CALVO GONZÁLEZ, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, Ariel, 1992, pp. 24 e ss.;

E quando se fala em determinação jurídica, não estamos a pensar apenas em textos juridicamente normativos enquanto respectivo objecto: essa cultura, essa linguagem, esse mundo de sentidos e experiências partilhadas, projectam igualmente a sua racionalidade na apreciação que é feita dessa parcela fundamental para a determinação jurídica, que é a da própria vida, do material empírico de que são feitas as relações e os casos que vão constituir a matéria prima do Direito.

A diversidade, plasticidade e complexidade da vida real só cabem no Direito através da interpretação. A ela cabe iluminar os conteúdos dos textos, dar-lhes sentidos concordes com as necessidades próprias de cada caso. Daí que possamos falar na recíproca determinabilidade dos preceitos jurídicos e das circunstâncias de facto, e na necessidade de uma teoria da interpretação jurídica contemplar ambas as dimensões. A isto se refere Zaccaria, quando observa que a interpretação no âmbito da experiência jurídica diz respeito tanto à interpretação em sentido estrito de normas e material jurídico, como à própria concretização aplicativa do Direito, que compreende operações de tipo tão diverso como a qualificação jurídica de casos concretos ou a solução de controvérsias através da formulação de preceitos individuais. E aqui re-entra o problema sobre o qual também tivemos já oportunidade de nos deter, da dificuldade em aceder ao conhecimento dos factos reais, *crus*. É, por um lado, o efeito da própria subjectividade pré-compreensiva, que torna cada compreensão um acto que poderíamos dizer único. Mas é também, mais uma vez, a natureza de uma realidade que é eminentemente linguística e comunicacional. Os factos relevantes para que uma decisão judicial aconteça são factos que resultam de um intenso processo de depuração, de elaboração e re-elaboração. É também tudo o que vai dito sobre a centralidade das narrativas no Direito, sobre o magnetismo exercido por uma história bem contada, aquilo que agora se convoca.

Robin WEST, *Narrative, authority & Law*, *max.* part.1, pp. 27-89; Richard POSNER, *The problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000, 7th pr., pp. 436-437; 450-451. Para Posner, o sentido com que Fish emprega o conceito de comunidades interpretativas, que para o magistrado norte-americano remonta a Josiah Royce, em 1913, deve ser procurado em Wittgenstein e nas suas *Investigações Filosóficas*. Uma perspectiva interessante, sobre a necessidade de desenvolver uma teoria institucional da interpretação jurídica, é-nos dada por Adrian VERMEULE, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006, pp. 153 e ss.; Cass SUNSTEIN / Adrian VERMEULE, “Interpretation and institutions”, *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885 e ss., February 2003.

Eco destacou as determinações constantes do objecto interpretativo como fundamentais limites de sentido do mesmo. Interpretar é sempre interpretar alguma coisa, de mais ou menos preciso⁸⁵⁰. Mas se essa alguma coisa pode ser um texto – e precisamente aos limites textuais se referia Eco –, pode também identificar-se com acções, comportamentos ou factos em geral. Também sobre esses, como já vimos, tem o jurista que exercer a sua capacidade compreensiva. E se a leitura de um texto, ainda que delimitada nas suas hipóteses significativas, nomeadamente pelas suas barreiras textuais, pode oferecer múltiplos resultados, o que dizer da leitura de uma realidade tão polimórfica como a dos factos ou comportamentos humanos? Sobre o problema da qualificação jurídica dos factos se havia também pronunciado Betti, constatando o autor italiano que a aplicação da lei a uma situação de facto sempre pressupõe um confronto desta situação com o caso previsto na norma⁸⁵¹. Um confronto que é hermenêutico, na medida em que se trata de verificar se e em que medida a situação concreta corresponde ao caso tipificado em abstracto na lei que se pretende aplicar, e de procurar no concreto circunstancialismo as linhas relevantes para o respectivo jurídico. Trata-se, em suma, de qualificar juridicamente uma dada situação concreta, alertando Betti para o facto desta qualificação poder incidir, como habitualmente acontece, sobre declarações ou comportamentos, que requerem interpretação. A questão que se põe, acrescenta o autor, é a de saber em que relação lógica se encontra a interpretação daquele material com a sua qualificação, enquanto acto hermenêutico, e, como tal, enquanto acto profundamente valorativo.

Clara parece ser a crítica que qualquer formulação da hermenêutica jurídica, estimulada pela hermenêutica filosófica⁸⁵², representa para o clássico modelo da subsunção silogística. Um modelo em que, como tivemos já oportunidade de referir, uma situação de facto, juridicamente qualificada, constituía a premissa menor de um raciocínio em que a premissa maior se identificava com o conteúdo significativo de uma

⁸⁵⁰ Cfr. Umberto ECO, *Os limites da interpretação*, pp. 39-40.

⁸⁵¹ Cfr. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pp. 73-74.

⁸⁵² Francesco Viola / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, pp. 178 e ss.. Sobre as influências da filosofia hermenêutica na jurisprudência hermenêutica, que considera uma corrente teórica demasiado heterogénea para permitir uma apresentação unitária do modo como concebe a interpretação jurídica, cfr. Gustavo JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, *max.* cap. II. Também Fred DALLMAYR, “Hermeneutics and the rule of law”, in Gregory LEYH, ed., *op.cit.*, pp. 3-23; David Couzens HOY, “Intentions and the Law: defending Hermeneutics”, in *ibidem*, pp. 173-187; Karl LARENZ, *op.cit.*, pp. 239-252, *passim*.

norma geral e abstracta. A mera subsunção lógica da primeira na segunda daria origem à conclusão ou decisão jurídica, num processo em que o conteúdo das premissas se pretende objectivamente traçado de molde a garantir a legitimidade e a certeza das soluções lógico-racionalmente obtidas. Ora, aquilo que a hermenêutica põe em evidência é, desde logo, o carácter construído e contingente de qualquer premissa do trabalho judicial. Nem o conteúdo de sentido da norma jurídica resulta de uma simples apreensão filológico-cognoscitiva, que se verta numa premissa pronta a absorver determinado tipo de factualidade, nem os factos são passíveis de mecanicamente encaixar na formatação de um dado tipo jurídico-legal. E, de igual maneira, nenhuma conclusão pode resultar da mera subsunção lógica de um caso numa norma⁸⁵³. A metamorfose que nas últimas décadas sofreu o conceito de norma traz, no entender de Pérez Luño, consequências imediatas na forma de conceber a função doutrinal e jurisprudencial. A tendência é hoje para substituir a noção de norma jurídica enquanto “norma-dado”, na formulação que resulta da promulgação legislativa, pela de “norma resultado”, que supõe o momento completo e culminante da elaboração normativa pelos operadores jurídicos. “Daqui se depreende que para as actuais correntes jurídico-metodológicas a norma não é o pressuposto, mas antes o resultado de um processo de elaboração e interpretação em que à doutrina corresponde um protagonismo inquestionável”⁸⁵⁴.

A complexidade dos processos hermenêuticos de que resulta o estabelecimento das premissas leva Larenz a falar na necessidade de proceder a uma coordenação valorativa entre as mesmas, mais do que a uma operação de subsunção⁸⁵⁵. E se aquela complexidade está presente quando se trata de fixar o sentido da norma geral, num processo dialéctico em que intervém a própria consideração das circunstâncias de facto em análise, ela mostra-se extraordinariamente agravada quando se trata de fixar as determinantes fácticas de um processo. Desde logo porque, como já vimos, não é possível no âmbito do universo jurídico falar em factos sem falar em Direito. Como

⁸⁵³ Algo que já a doutrina metodológica oitocentista, nomeadamente germânica, tivera oportunidade de constatar. Cfr. v.g. Karl Larenz, *op.cit.*, pp. 55-91; Karl ENGISCH, *op.cit.*, max. caps. IV e VI.

⁸⁵⁴ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, p. 48.; a ideia é a que encontramos já presente nas obras de Müller, Esser e Betti, designadamente.

⁸⁵⁵ Cfr. Karl LARENZ, *op.cit.*, p. 386. Referindo-se ao carácter empírico da ciência do Direito, Pérez Luño lembra a tridimensionalidade desse objecto, delimitado precisamente pelos factos sociais, pelas normas e pelos valores. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *op.cit.*, p. 45.

afirma Soler, a realidade não fala; é a lei que a faz falar. Os elementos de facto que integram o facto jurídico nada têm de natural, como acontecem na realidade. Recorda o autor que o caso, aquilo a que os alemães chamam o *Tatbestand*, se refere a factos qualificados, construídos a partir da selecção e rejeição de elementos do material bruto apresentado pela realidade. “Os elementos constitutivos de uma caso jurídico são dados que a lei nos manda procurar, a fim de verificar se efectivamente existe na sua totalidade uma situação de facto juridicamente qualificada como determinante de certa consequência”⁸⁵⁶. Constatando que o facto real pouco tem que ver com o facto juridicamente relevante, Ezquiaga Ganuzas aponta como maior artífice desse desfasamento o próprio juiz, juntamente com as partes e os métodos processuais relativos à prova⁸⁵⁷.

O que a dada altura, nas últimas décadas, se foi tornando irrecusável, é a necessidade de problematizar o acesso ao conhecimento dos factos. E dos factos relevantes na esfera jurídica e judicial. Durante largo tempo incontestada, hoje é a própria noção de uma factualidade não mediada que se mostra problemática⁸⁵⁸. Uma problematicidade que, por seu turno, se projecta directamente em todo o domínio probatório do Direito. Os factos são, genericamente, aquilo em que se alicerça a matéria da prova; são o seu objecto. A prova produzida visa, precisamente, estabelecer a verdade de determinados factos que se mostram relevantes para a tomada de decisões. O lugar privilegiado que no Direito assume a “descoberta” dos factos prende-se com o seu relevo enquanto partes integrantes de todo o processo de justificação e legitimação das

⁸⁵⁶ Cfr. Sebastián SOLER, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 153-155. Soler chama a atenção para o facto de as sentenças em que há votos dissidentes – aqueles que na nossa ordem recebem a triste e derrotista designação de votos de vencido -, quase sempre apresentarem discrepâncias relativamente à matéria de facto.

⁸⁵⁷ Cfr. Francisco Xavier EZQUIAGA GANUZAS, “Los juicios de valor en la decisión judicial” in *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 1, 1984, p. 37, *apud* Manuel SEGURA ORTEGA, *Sentido y límites de la discricionalidad judicial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 59.

⁸⁵⁸ E para este reconhecimento, grande foi o contributo de estudos e trabalhos interdisciplinares como os promovidos por movimentos como o que, desde o início do século XX, pretende associar Direito e Literatura. Aliás, no artigo que escreve sobre Direito e Literatura, Thomas Morawetz acaba por reconhecer que estes estudos se transformaram no estudo da hermenêutica jurídica, em particular no estudo das semelhanças e dissemelhanças entre direito e literatura em relação ao papel do autor, do leitor e do contexto institucional. Cfr. Thomas MORAWETZ, “Law and Literature”, in Dennis PATTERSON, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge, Mass., Blackwell Publishers, 1996, p. 452.

decisões judiciais⁸⁵⁹. E aqui, então, adquirem todo o seu sentido e todo o seu alcance, as reflexões antes expandidas sobre a importância jurídica de categorias como as da narratividade ou do *storytelling*. Porque, como afirma Judith Levi, os advogados frequentemente apresentam os factos contando histórias sobre o que aconteceu⁸⁶⁰. Que as partes o fazem, não suscita grandes dúvidas. Mas precisamente porque o Direito é uma realidade comunicativa, em que os clientes comunicam com os advogados, as testemunhas com o tribunal, os advogados uns com os outros, com os juízes, com as partes, e com todos em geral⁸⁶¹, os relatos que, em estado mais ou menos rudimentar, chegam às mãos dos advogados, vão ganhando forma através da “organização dos factos numa história com significado jurídico, para usar na resolução de uma disputa ou na condução de uma transacção”⁸⁶². E se a narrativa é uma das fundamentais categorias através das quais ordenamos e construímos a realidade, tem razão Peter Brooks quando diz que nunca as narrativas se limitam a relatar os factos ou os acontecimentos. Na fórmula narrativa vai inevitavelmente implícita uma dimensão construtiva, transformativa⁸⁶³. Almo garante que a criação de cada narrativa sempre implica um elemento manipulativo, o que constitui outra forma de dizer que a elaboração, transmissão e recepção de histórias não é nunca inocente⁸⁶⁴.

Um dos nomes que, no seio do pensamento jurídico europeu das últimas décadas, mais se tem destacado pelo relevo conferido, nos seus trabalhos, ao problema da prova, e da prova dos factos, é, como já vimos, Michele Taruffo⁸⁶⁵. Ao longo da sua obra, um aspecto que desde logo faz questão de acentuar prende-se com a natureza essencialmente artificial de qualquer enunciado fáctico-jurídico, provenha ele de quem provier. No processo, qualquer facto é na realidade aquilo que se diz acerca dele: é a enunciação de um facto e não o objecto empírico que é enunciado. O que faz com que

⁸⁵⁹ Cfr. Jane BARON / Julia EPSTEIN, *op.cit.*, p. 185.

⁸⁶⁰ Cfr. Judith LEVI / Anne Graffam WALKER eds., *op.cit.*, p. 65.

⁸⁶¹ Cfr. Jane BARON / Julia EPSTEIN, *op.cit.*, p. 141.

⁸⁶² Cfr. Alex J. HURDER, “The pursuit of Justice: new directions in scholarship about the practice of Law”, *Journal of Legal Education*, vol. 52, pp. 167, 177, 2002, *apud* Anne Moses STRATTON, *op.cit.*, p. 92.

⁸⁶³ Cfr. Peter BROOKS, “Narrativity of the Law”, p. 4.

⁸⁶⁴ Cfr. Shulamit ALMOG, *op.cit.*, p. 496.

⁸⁶⁵ Cfr. *supra*, pp. 73 e ss..

não haja nele nada de necessário ou de absoluto⁸⁶⁶. Como esclarece o autor italiano, todo o enunciado fáctico é sempre um entre muitos enunciados possíveis acerca do mesmo facto; e este enunciado é seleccionado e “preferido” em relação aos outros enunciados possíveis em função de um conjunto de elementos que fazem parte do contexto em que é empregue⁸⁶⁷.

Parece-nos bastante sintomático o comentário feito por James Boyd White ao ensaiar as fundamentais linhas pelas quais se deve desenhar o ensino do Direito. Louvando o mérito da educação liberal, que pretende formar pensadores responsáveis, autónomos e activos, mais do que dotá-los de um conjunto de informação reproduzível, recebida passiva e amorfamente, White vê a educação como a constante modificação da expectativa pela experiência. O universo da pedagogia jurídica parece oferecer um exemplo acabado da necessidade de fomentar esta capacidade crítica e de pensamento inventivo, já que se constata frequentemente que “o jovem advogado (se surpreende) ao descobrir que, na prática, quase nenhum caso lhe chega às mãos como um caso simplesmente paradigmático, apresentando sempre incertezas, ambiguidades, arestas por limar e paradoxos. E isto é assim”, acrescenta o autor, “porque o caso vem da vida, não da exposição de uma teoria, e estas são as qualidades da verdadeira experiência humana”⁸⁶⁸. Mais uma vez se pressente que só hermeneuticamente a vida encaixa no Direito, num processo que White provavelmente diria basicamente retórico e argumentativo.

⁸⁶⁶ Neste sentido, cfr. Michele TARUFFO, “Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.55, n.1, Marzo 2001, pp. 11-31; *idem*, “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.51, n. 3, Settembre, 1997, pp. 553-573; *idem*, “Rethinking the standards of proof”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, pp. 659 e ss., Summer 2003. Este último texto parte de uma apreciação crítica ao texto de Kevin Clermont / Emily Sherwin, “A comparative view of standards of proof”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, pp. 243 e ss., 2002.

⁸⁶⁷ Destes elementos, Taruffo destaca o próprio sujeito que realiza a enunciação, os critérios que emprega para individualizar o facto (grau de precisão, qualificação jurídica que opera, etc.), e a linguagem que é usada nessa enunciação. Cfr. Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, pp. 114, 116.

⁸⁶⁸ Cfr. James Boyd WHITE, *From expectation to experience, op.cit.*, p. 18. White acrescenta ainda que, para lidar com o facto de as circunstâncias e a própria realidade circundante mudarem constantemente, a mente não necessita de uma grelha de movimentos estabelecidos, mas da capacidade de inventar novas jogadas. Cfr., ainda, Austin SARAT, “Redirecting legal scholarship in Law Schools”, *Yale Journal of Law & Humanities*, vol. 12, pp. 129 e ss., Winter 2000.

Ainda que uma grande parte da doutrina tenha, ao longo das últimas décadas, despertado para a importância da factualidade jurídica e, concretamente, para os processos da sua determinação judicial, não é legítimo passar por cima de um dos mais destacados protagonistas da recuperação desta problemática. Referimo-nos a Jerome Frank, emblemático jurista que é habitual conotar com o realismo jurídico norte-americano e autor de *Courts on trial*. Uma obra em que Frank procura expor as dificuldades reais que os tribunais não podem deixar de enfrentar ao perseguirem a chamada verdade dos factos. A verdade externa pode, em abstracto, ser alcançada; para o autor são os processos judiciais, nomeadamente a sua linguisticidade, que impedem isso de acontecer. O mais a que pode aspirar o Tribunal, ou os seus agentes, é à verosimilhança dos factos; à probabilidade da sua verdade. Nessa medida, a verdade judicial dos factos é sempre uma particular forma de verdade, cuja relatividade sempre depende de um processo construtivo e criativo que no seu apuramento culmina. O reconhecimento desta natureza construída dos factos, e a censura a processos judiciais instituídos implicados nessa construção, situam habitualmente Frank no domínio do chamado cepticismo factual⁸⁶⁹. De qualquer modo, um dos fundamentais propósitos deste magistrado, ao longo dos muitos textos que escreveu, foi exactamente o de chamar a atenção para a falta de atenção a que era votada a matéria da factualidade. Quer ao nível dos tribunais superiores, quer ao nível do próprio ensino, passando pelo discurso jurídico em geral. Uma matéria cuja determinação entendia ser essencial em toda a vida de uma ordem jurídica, parcela essencial para a decisão de qualquer processo judicial, e que se via tão negligenciada pelo conjunto de entidades a quem deveria competir formar os juristas. Twining sugere que Frank seja interpretado como defendendo que a quantidade de energia intelectual dispendida nesta questão é a inversa à sua real importância prática⁸⁷⁰.

Talvez, como reconhece Twining, Frank tenha sido excessivo na apreciação que fez do desequilíbrio existente entre a atenção dada aos factos e a concedida ao direito, na esfera do pensamento jurídico em geral. Mas a verdade é que o desequilíbrio, talvez

⁸⁶⁹ *Facts are guesses*, diz o autor a certa altura. O que terá, certamente, repercussões a nível não só do treino especial a que a magistratura se deve submeter, como ao nível da própria concepção dos poderes dessa magistratura. Pois, no fundo, grande parte da complexidade da tarefa interpretativa, tenha ela as normas, os factos ou os valores como objecto, desagua precisamente no problema da delimitação dos poderes da magistratura. Cfr. Jerome FRANK, *op.cit.*, pp. 14-16, 146-156, *passim*.

⁸⁷⁰ Cfr. William TWINING, “Taking Facts Seriously” in *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, p. 13.

não tão fundo como o que Frank acusara na década de 40, mas ainda assim, muito real, vê-o Twining existir ainda na década de 80. Dessa altura, precisamente, data o seu conhecido texto intitulado *Taking Facts Seriously*, onde defende basicamente a tese segundo a qual a investigação dos factos, a sua gestão e a argumentação sobre matéria de facto em contextos jurídicos (e não apenas em tribunal), merecem tanta atenção e são intelectualmente tão exigentes como os problemas levantados pela interpretação de questões de direito. Reclamada ia uma maior dedicação ao estudo dos factos por parte do ensino do direito, e para isto se procurava mobilizar o auditório dos juristas em geral.

Anos mais tarde, num texto com que procura relançar e reforçar os anteriores propósitos, Twining viria a reconhecer o fracasso das suas intenções, e a falta de real impacto, na prática, das invectivas lançadas pelo artigo publicado em 1980⁸⁷¹. Talvez a razão, ou razões, para esse fracasso fizesse já parte do elenco de objecções levantadas pela oposição à proposta de inovação apresentada por um membro sénior do conselho directivo daquela fictícia escola de Direito com que Twining inicia aquele seu artigo⁸⁷². Com efeito, quando num local fictício é criada uma nova escola de Direito, nela se pretendendo implementar um programa inovador, diferente e progressista, o membro mais antigo da instituição propõe que esses objectivos sejam alcançados através de uma dedicação aos factos, justificando a sua proposta nos seguintes termos: “Sugeriuse uma vez que 90 por cento dos advogados passam 90 por cento do seu tempo a lidar com factos e que isto devia ter reflexos na sua preparação. Se 81 por cento do tempo de advogado é gasto numa coisa, segue-se que 81 por cento da educação jurídica se deveria dedicar a isso. Já houve alguns cursos isolados sobre determinação de factos e afins, mas nenhuma instituição teve alguma vez um programa completo em que a ênfase recaísse nos factos. Proponho que se baseie o nosso currículo neste princípio e que se lhe dê o nome de Bacharelato em Factos”. Na ficção de Twining, a oposição à proposta é imediata e, nas palavras do autor, previsível: “Já fazemos isso/ Iliberal! / É apenas senso comum. Por isso não é ensinável/ A descoberta dos factos só se aprende com a experiência/ Nenhum de nós é competente para a ensinar/ Não há livros/ Não podemos

⁸⁷¹ Com humor, traça o paralelo entre o destino do seu artigo, escrito vinte e quatro anos antes, e um *dictum* de Karl Llewellyn, segundo o qual quando Cícero fazia um discurso, se dizia: “nenhum mortal é tão eloquente”; quando Demóstenes fazia um discurso, gritava-se: “GUERRA!” Cfr. http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/facts_seriously.pdf

⁸⁷² Como parte de uma fantasia por ele criada, como hipótese de trabalho, num seminário sobre educação jurídica. Cfr. *idem*, *Rethinking evidence*, *op.cit.*, p. 12.

estudar os factos isolando-os do direito/ As escolas de Direito só devem ensinar Direito/ Os alunos não iam achar nem interessante nem fácil/ O conceito de facto é uma dura ficção positivista/ Quem gostaria de se apresentar na vida como bacharel em factos?”⁸⁷³

6. Recuperação do arbítrio judicial: racionalidade hermenêutica, retórico-argumentativa do discurso judicial. Considerações de natureza metodológica

Sobre a obrigatoriedade a que está sujeito o jurista de ter que lidar com factos, não restam dúvidas. Aquelas objecções revelam algum do receio que rodeia a dedicação académica, chamemos-lhe assim, aos mesmos. Mas revelam também, e talvez sobretudo, um receio maior, que é o da dependência inevitável dos resultados judiciais relativamente à determinação factual. O grande drama desta inevitabilidade estará, porventura, num aspecto já realçado por muitos autores, e que tem que ver com o grau de discricionariedade que é inerente à determinação dos factos. Algumas daquelas objecções, sentimo-las como reflexo de um receio mais profundo, que parece infundido por uma certa relatividade jurídica dos factos. Frank pressentia a problematicidade implicada na centralidade dos factos ao verificar a presença nos processos de determinação factual de valorações praticamente impossíveis de controlar. A extrema dependência dessas valorações, de apreciações do senso comum, da própria experiência dos concretos circunstancialismos, torna as tomadas de posição jurisprudenciais que conformam aquelas determinações de muito controversa sindicância. A maior parte da doutrina considera o momento da valoração da prova como aquele em que o arbítrio judicial é exibido de modo mais típico. Das razões para tal, Segura Ortega destaca o facto de o conhecimento dos factos sempre decorrer de meios indirectos, pelo que o seu alcance sempre será limitado. Nunca o juiz poderá aceder ao pleno conhecimento da totalidade dos factos. Por outro lado, continua o autor, a natureza contraditória que caracteriza todos os processos judiciais implica que o juiz sempre receba muitas informações provenientes de diversas fontes, as mais das vezes não coincidentes, que

⁸⁷³ Cfr. *ibidem*, pp. 12-13.

terá que apreciar livremente⁸⁷⁴. Os factos que o tribunal vai dar como provados resultam de uma apreciação que pelos magistrados é feita sobre os depoimentos de testemunhas, sobre a prova documental e pericial que vai produzida. Uma apreciação que corresponderá, naturalmente, às próprias convicções que o magistrado, no decurso de um processo em que filtra e selecciona a informação que lhe vai parecendo mais relevante, vai formando⁸⁷⁵. Convicções que nem são as mesmas de juiz para juiz, nem podem fundamentar qualquer espécie de verdade absoluta ou objectiva. Convicções que vão igualmente determinar uma certa qualificação jurídica dos factos, em função de uma dada compreensão que o magistrado tem do conjunto normativo em que se move. Ainda que as partes possam, em alguns aspectos, exercer algum controlo sobre a actuação do juiz, a verdade é que a ele cabe, em definitivo, moldar a composição dos factos; ao órgão judicial cabe, em última instância, determinar qual a verdade jurídica⁸⁷⁶. Pode ser impossível conhecer o conjunto das percepções, evidências e convicções que ao longo do processo se vão forjando na mente do juiz, observa Segura Ortega, mas é indubitável que todas elas contribuem para determinar o estabelecimento dos factos. Não surpreende, pois, que também Barak considere a discricionariedade que se desprende da determinação dos factos como a mais importante do processo judicial, uma vez que a maior parte das discussões entre operadores jurídicos sempre gira em torno das questões de facto⁸⁷⁷. E se antes nos referíamos à natureza criativa da

⁸⁷⁴ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, pp. 49, 60-61. O princípio da livre apreciação da prova tem, no nosso ordenamento jurídico, fundamentação legal nos artigos 655.º do Código de Processo Civil e 127.º do Código de Processo Penal.

⁸⁷⁵ Uma convicção que resulta, como refere Anne Moses Stratton, da própria história que o magistrado vai construir, em função da informação que recebeu, da sua própria interpretação e da sua experiência. Ao ser confrontado com as diferentes versões das partes, pode “escolher” uma delas, combinar um pouco de cada uma ou rejeitá-las a todas e chegar à sua própria verdade. Cfr. Anne Moses STRATTON, *op.cit.*, p. 941. Também Almog vê os juizes como contadores de histórias oficiais na existência humana contemporânea, observando que, no dealbar do terceiro milénio, as suas histórias conseguem, frequentemente, maior difusão e maior cotação do que qualquer outra história. O que nos leva de volta às relações, que na I parte deste trabalho analisámos, entre o actual discurso jurídico e a cultura popular, a transformar inevitavelmente a face daquele mesmo discurso e da sua racionalidade. Cfr. Shulamit ALMOG, *op.cit.*, p. 501.

⁸⁷⁶ Sobre o magistrado como editor das versões oficiais da verdade jurídica, cfr. J. CALVO GONZÁLEZ, *Verdad (Narración) Justicia*, p. 38.

⁸⁷⁷ Cfr. Aharon BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 1995, *apud* Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, pp. 59-60.

actividade julgadora, quando interpreta o texto das normas para as poder aplicar na prática, o que dizer da natureza do acto de determinação dos factos juridicamente relevantes, que vão ser objecto de aplicação das normas? Que, melhor ainda, vão contribuir activamente para a constituição ou re-constituição da sua normatividade?

Nestes dois momentos em particular, pois, se manifesta a margem de apreciação de que dispõem os juízes: o momento da interpretação da lei, por um lado, e o da configuração do suposto de facto, com a valoração da prova, por outro⁸⁷⁸. Ou seja, precisamente, a identificação da premissa maior e da premissa menor do clássico silogismo judiciário. Momentos em que, por aquela mesma razão, mais nitidamente se manifesta a capacidade juridicamente criativa da jurisprudência. Em que mais nitidamente se manifesta e existência, por parte do decisor, de uma escolha, real, em que quem apresenta um resultado tem que fazer opções entre alternativas identicamente credíveis e identicamente legítimas. E se estas escolhas existem relativamente à determinação das premissas, por maioria de razão estão presentes no que toca à conclusão. E isto é assim, por mais esforços que empenhem os vários agentes envolvidos na tentativa de escamotear esta realidade. Pela ameaça que ela pode representar face a noções algo anacrónicas e esclerosadas de segurança e certeza jurídicas, muitos são aqueles que procuram dar das suas determinações uma visão unívoca e absoluta. Como se, perante os dados que num dado momento estavam disponíveis, perante o conhecimento de que, aos vários níveis, de facto e de direito, naquele momento se dispunha, outra não pudesse ser a decisão. Mas a verdade é que raro será o caso em que isto se verifique.

Segura Ortega, ainda que reconhecendo a submissão da judicatura à legislação, e reconhecendo nesta submissão os fundamentos da legitimidade e da validade da actuação jurisprudencial, encara a discricionariedade como estrutural à própria realidade jurídica, desde logo pela impossibilidade de afastar por completo um certo arbítrio da interpretação e aplicação de normas aos casos concretos. Esta discricionariedade e este arbítrio derivariam, para o autor, da natureza radicalmente indeterminada do Direito⁸⁷⁹.

A sistematização em que faz caber as noções fundamentais a esta discricionariedade poderá suscitar alguma reserva, embora deva, como afirma o próprio autor, ser considerada apenas como um bom ponto de partida para a análise da

⁸⁷⁸ Cfr., em geral, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *op.cit.*.

⁸⁷⁹ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, pp. 23-24.

discricionariedade. Isto dado o desacordo que, de uma maneira geral, partilham os autores quanto à causa que a motivam e quanto aos elementos que a caracterizam: qual o seu sentido, o seu alcance e o âmbito do seu conteúdo. A verdade é que é a própria noção de discricionariedade – judicial, claro⁸⁸⁰ - que se apresenta algo equívoca, com autores a admiti-la unicamente naqueles casos em que nesse sentido se tenha pronunciado o legislador. Isto é, só haveria verdadeira discricionariedade naquelas situações em que o legislador o tivesse expressamente autorizado⁸⁸¹. Acontece que, como reconhece Segura Ortega, a discricionariedade judicial ultrapassa visivelmente esses limites, o que pode ser comprovado pela análise da própria *praxis* judicial. A discricionariedade está sempre presente na actividade judicial, tenha esta como objecto casos fáceis ou difíceis⁸⁸². Esta é, aliás, a posição defendida pela maioria daqueles que simpatizam com as concepções hermenêuticas do Direito, independentemente da designação⁸⁸³. Precisamente sobre aquela *praxis* se centravam as nossas anteriores reflexões, que nos levaram a concluir pela complexidade dos processos de determinação das premissas do trabalho judicial. Uma complexidade decorrente, em larga medida, da discricionariedade imanente aos fundamentais momentos hermenêuticos e valorativos inerentes a essa determinação. Uma discricionariedade que, por outro lado, se estende, inevitavelmente, às soluções encontradas a partir das mesmas.

⁸⁸⁰ A administrativa tem vindo a ser, desde há muito, objecto de um apertado escrutínio.

⁸⁸¹ Existiria verdadeira discricionariedade, legislativamente autorizada, nomeadamente naqueles casos em que a disposição normativa formulasse uma remissão directa para conceitos “formalmente indeterminados”, ou para as tradicionais cláusulas gerais.

⁸⁸² Para Hart, como vimos, a discricionariedade estaria limitada aos chamados casos difíceis, enquanto para Dworkin nem nestes a competência do intérprete-julgador poderia apresentar esta natureza. Referindo-se aos casos difíceis como sendo aqueles cuja solução não está pré-determinada nas normas, por serem estas ambíguas, vagas ou incompletas, ou então porque a matéria de facto é imprecisa ou imprecisável, Nieto observa que os casos difíceis foram tão minuciosamente teorizados por Dworkin. Talvez porque - MacCormick deixou-o bem claro - não é possível vislumbrar o ponto em que os casos claros acabam e começam os difíceis. Qualquer caso é potencialmente difícil, dependendo para isso, entre outras razões, da imaginação do intérprete. Cfr. Alejandro NIETO, *op.cit.*, pp. 63-66; Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 227-228.

⁸⁸³ Tomás-Ramón Fernández, adoptando uma análise algo rígida desta discricionariedade judicial, entende que, afirmar que a liberdade de escolha em que a discricionariedade consiste se dá em todos os casos, consiste numa posição radical daqueles que “a si mesmos se chamam realistas”. Cfr. Tomás-RAMÓN FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 37.

Apesar de não haver propriamente uma noção canónica que identifique esta discricionariedade, um elemento que parece comum a várias reflexões é o do reconhecimento de uma certa liberdade de escolha que ao longo dos vários processos de decisão vai caracterizando o desempenho do julgador. Liberdade de escolher entre caminhos alternativos igualmente legítimos aos olhos de um sistema normativo referencial. A própria etimologia da palavra “decidir” vem ao encontro desta ideia, implicando a noção de escolha, do corte ou cisão de uma parte em relação a outras partes que poderiam ter sido igualmente escolhidas⁸⁸⁴.

Como antes dizíamos, Segura Ortega vê esta discricionariedade como essencialmente dependente do que entende ser uma indeterminação estrutural ao Direito⁸⁸⁵. É em relação às categorias em que analisa esta indeterminação, que temos algumas reservas. Reservas que poderão contender apenas com a própria sistematização que adopta, que de resto reiteramos como bom ponto de partida. Acontece que o autor vê como elemento decisivo daquela indeterminação o facto de a maioria das normas, antes ainda de serem aplicadas, suscitarem dúvidas quanto ao seu verdadeiro sentido, relativamente aos elementos, circunstâncias relevantes ou condições que devem concorrer para que as normas cumpram os seus efeitos. Isto justifica a análise a que procede da indeterminação do Direito a partir de quatro diferentes perspectivas: o conteúdo do Direito/das normas, a linguagem das normas, a vontade do legislador e os defeitos do sistema jurídico, em que inclui as lacunas e as contradições. Sem ter a intenção de nos debruçarmos sobre cada uma delas, sentimos no entanto algum desconforto com a sua mera enumeração. Todos os motivos da tão temida e tão irrecusável discricionariedade judicial parecem partir do Direito legislado, da sua

⁸⁸⁴ Cfr. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, 2005, Instituto António Houaiss de Lexicografia Portugal, Temas e Debates, tomo VI, pp. 2639-2640.

⁸⁸⁵ Tomás-Ramón Fernández lembra que a descoberta desta discricionariedade judicial deve ser atribuída a Kelsen, que, ao traçar as linhas de uma teoria pura do Direito, se depara com o problema da sua indeterminação constitutiva. As determinações de uma norma superior relativamente às do escalão inferior nunca são absolutas, pelo que permanece um espaço em que há lugar para a livre apreciação do agente. A pirâmide normativamente hierárquica em que o direito se verte é assim composta por actos jurídicos que, em geral, configuram em simultâneo uma aplicação de Direito – de uma norma do escalão superior – e um acto de criação jurídica – a criação da norma do escalão inferior dentro da margem de discricionariedade definida pela anterior. Cfr. Tomás-RÁMON FERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 35-36; Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. J. Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Arménio Amado, 1984, pp. 334-337, *passim*; Karl LARENZ, *op.cit.*, pp. 91-109.

estrutura, das suas características. É certo que ao analisar os elementos que fazem parte deste núcleo de discricionariedade, Segura Ortega destaca o quadro normativo que sempre tem que delimitar o exercício daquela, enquanto condição de validade e legitimidade dos resultados obtidos⁸⁸⁶, a já referida liberdade de escolha, e a exigência de justificar ou motivar as escolhas tomadas naquele mesmo contexto. A liberdade de escolha vê-a o autor a operar a dois diferentes e fundamentais níveis: o das normas e o da apreciação dos factos e da valoração da prova. E a este nível, faz entrar na análise da discricionariedade a questão da determinação dos sentidos normativos e dos sentidos factuais. E da reciprocidade determinativa que a ambas condiciona. Ou seja, as exigências hermenêuticas de uma compreensão que passa pela aplicação, e que obrigam a construção da própria normatividade a passar por necessárias mediações objectivas e subjectivas. Podemos estar enganados, mas estas exigências parecem-nos determinantes para a aceitação da inevitabilidade da discricionariedade. Porque lhe marcam a própria origem.

Alejandro Nieto, rendido a esta inevitabilidade, faz questão de sublinhar a falta de novidade da velha figura do arbítrio judicial, que com o seu esforço pretende reabilitar. Com esta reabilitação trata-se, no seu entender, não de inovar, mas de “reparar o descarrilamento de que padeceram as jurisdições europeias quando chocaram, a princípios do século XIX, com o positivismo legalista, empenhado não tanto em eliminar o arbítrio como em silenciá-lo, dando com isso lugar a umas escandalosas aporias que se podem superar, não obstante, sem mais trabalho que não seja o de voltar a tomar em consideração a presença do arbítrio. O que nesta obra se pretende, portanto, não é reintroduzir o arbítrio na prática forense (já que nunca chegou a desaparecer dela), mas livrá-lo da clandestinidade e devolver-lhe a condição legal que agora frivolumente se lhe nega”⁸⁸⁷. Arbítrio judicial que, não se confundindo com arbitrariedade, irracional

⁸⁸⁶ Reconhecendo que a vinculação dos juízes à lei no quadro dos actuais sistemas democráticos não é tão rígida como algumas das mais tradicionais correntes do pensamento jurídico oitocentista quiseram fazer crer, e “apesar de o direito ser indeterminado nos diferentes sentidos já assinalados nas páginas anteriores, não há dúvida que constitui o marco de fundamentação de todas as decisões jurídicas, pois todas elas descansam sempre na prévia existência de normas. Em consequência, o fundamento normativo representa um *prius*, que antecede qualquer exercício do arbítrio e, mesmo, qualquer exercício da actividade jurisdiccional”. Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, pp. 50-51.

⁸⁸⁷ Cfr. Alejandro NIETO, *op.cit.*, p. 16.

e insindicável, se revela para autor não um fenómeno esporádico, excepcional, que precise de uma justificação singular, mas antes uma regra que admite muito escassas excepções. E que, nessa mesma medida, e na medida em que se reconhece poder o seu exercício excessivo contender com fundamentais princípios de certeza e segurança jurídicas, carece de limitações que convém precisar.

Curiosamente, Nieto considera a aceitação desta inevitabilidade e desta transcendência do arbítrio judicial como tendo que se inscrever num novo paradigma, numa nova concepção global do Direito. Uma nova concepção em que não desponta, no entanto, qualquer elemento desconhecido. Mas se os elementos do novo paradigma estavam já presentes no tradicional, como também já tivemos oportunidade de referir, é toda uma nova perspectiva aquela que agora sobre eles se lança. Há uma profunda reformulação ideológica, até cultural, dos parâmetros em que assentava o modelo clássico. E neste marco se insere a recuperação da imprescindível presença e licitude da discricionariedade judicial. Daí, talvez, algum do desconforto quanto à enumeração das causas da indeterminação do Direito, sobre a qual repousa aquela discricionariedade, aduzidas por Segura Ortega. Situando-se todas elas nos limites daquela que é identificada como realidade jurídica aos olhos de um modelo que se tenta corrigir, é como se não se tivesse assimilado a transformação implicada por aquela nova concepção. Que mais do que identificar o Direito com as normas positivas, passa por uma reformulação dessa mesma noção de positividade. Uma concepção que contemple o constitutivo momento da sua concretização aplicadora. A indeterminação inerente ao Direito, à sua estrutura, não pode repousar apenas no conteúdo das normas ou na sua linguagem equívoca e ambígua, ou nas intenções de um polémico legislador. Reside antes, e desde logo, na necessidade de concebermos o direito enquanto realidade normativa que, para se constituir enquanto tal, carece de complementos vários que não vêm dados de antemão. Uma realidade normativa que não se compagina com uma determinação prévia a uma concretização hermenêutico-compreensiva. Os complexos processos interpretativos a que, ao longo dessa malha concretizadora, vão sujeitos quer os textos das normas, quer o material probatório com o qual se pretende aceder aos factos, ditam aquela indeterminação. Determinam a licitude do exercício daquele arbítrio e daquela discricionariedade.

Antes referíamos as virtudes de uma aproximação hermenêutica ao direito, pela possibilidade de recuperação e reformulação de diferentes padrões de racionalidade, porventura mais adequados ao pensamento e à prática jurídicas do que aqueles que o

modelo tradicional lhes tentou impor. Ao tornar irrecusável a presença e o exercício do arbítrio judicial, aquela aproximação obrigou a doutrina e a jurisprudência a repensar as próprias garantias do modelo judicial. Obrigou-as a redefinir os seus parâmetros de segurança, a repensar as finalidades da vinculação à lei, a redescobrir possibilidades de controlo das soluções jurisprudenciais. A necessidade que se sente é a de estabelecer limites ao exercício daquela discricionariedade; é a de dotar o discurso jurídico e judiciário de uma racionalidade prática e concreta que, não prescindindo da possibilidade de uma efectiva sindicância, nomeadamente pelo arrimo a determinados critérios de actuação, não se esgote numa lógica formal capaz de anular a própria realidade⁸⁸⁸. Arbítrio não é arbitrariedade, e o seu exercício judicial não tem que condenar o Direito a uma eterna e radical incerteza e indefinição. Pelo contrário, nesse exercício poderão residir as sementes da verdadeira capacidade de resolução jurídica de realidades dela carecidas.

Os poderes discricionários que, no âmbito da estrutura eminentemente hermenêutica que caracteriza a actividade judicial, são reconhecidos ao intérprete, acentuados no momento chave da preparação das premissas, não configuram uma absoluta liberdade de acção e de decisão. No exercício daqueles poderes não está o intérprete livre do dever de se comportar segundo critérios racionais e, pelo menos em certa medida, controláveis⁸⁸⁹. Critérios que se afastam claramente dos modelos característicos de uma racionalidade lógico-dedutiva, mas que nem por isso oferecem mais débeis garantias de correcção e de acerto. Até porque, a dada momento, aquilo de que nos capacitamos é do ilusório das garantias e dos controlos conseguidos à sombra daquela racionalidade lógico-formal⁸⁹⁰. Uma racionalidade que não é, realisticamente, aquela que vai implicada nos necessários actos de avaliação subjacentes, entre outros, aos processos hermenêuticos através dos quais são obtidas as premissas. Não é apenas quando o legislador remete para certo tipo de noções classicamente indeterminadas que a capacidade discricionária do intérprete entra em jogo. E já vimos também que à noção

⁸⁸⁸ Neste sentido, também, Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 2.ªed., pp. 7-8, *passim*.

⁸⁸⁹ Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 183.

⁸⁹⁰ Cfr. José CALVO GONZÁLEZ, “La fragilidad de los derechos”, in José CALVO GONZÁLEZ, coord., *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, Málaga, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2006, pp. 123-142.

de lacuna não corresponde hoje o sentido com que originariamente surgiu no século XIX.

Ainda que se conceba a figura da integração analógica como específica técnica hermenêutica, a operar em determinadas situações, a própria nebulosidade que hoje se constata existir entre operações tradicionalmente autónomas como as da interpretação e da integração, ou as da interpretação e da aplicação, acentua o carácter analógico de toda a interpretação jurídica. A estrutura do raciocínio analógico está permanentemente em jogo no discurso judicial, ao ter este a vocação de tecer as pontes entre critérios jurídicos em geral e dados singulares de uma realidade controvertida⁸⁹¹. Esta correspondência exige que na diferença se alcancem semelhanças suficientes que justifiquem uma dada leitura do texto normativo, que justifiquem uma dada qualificação jurídica dos factos⁸⁹² e um determinado conjunto de escolhas e de decisões normativas. A natureza insubstituível da interpretação jurídica revela-se aqui com toda a propriedade, enquanto a mesma interpretação se mostra intermediária entre a universalidade do texto e a concretude da situação histórica em que aquele é convocado. Essa precisamente uma das mais nítidas implicações atribuídas por Gadamer à

⁸⁹¹ Neste sentido vai também a argumentação de Manuel SALGUERO, *op.cit.*, pp. 156 e ss., *passim*.

⁸⁹² Para Zaccaria, o raciocínio analógico, que ele propõe que, neste sentido amplo, se designe explicação analógica, representa o típico e normal procedimento interpretativo, que põe em correspondência uma circunstância de facto e uma norma. Diferente será a chamada integração analógica, enquanto meio atípico e extraordinário de que o julgador lança mão quando entende estar na presença de lacunas da lei. Aí, uma regra prevista na lei para um tipo de situação A transfere-se para outro tipo de situação B não regulada pela lei, mas julgada semelhante a A pelo intérprete. Hoje, reconhece o autor que é cada vez menos frequente o recurso a esta integração analógica, por ser cada vez mais rara a possibilidade de situações concretas não encontrarem nas normas pelo menos um qualquer aspecto de correspondência. O mesmo não se pode dizer da explicação analógica, sempre mais frequente. “Como no mais amplo contexto do conhecimento, o raciocínio por analogia, consentindo colher na diferença a identidade, representa o factor dinâmico e propulsivo de qualquer processo de conhecimento e de procura, também assim, no mais limitado âmbito da compreensão jurídica, pode-se reconhecer que cada conhecimento do direito, cada investigação, cada subsunção, possui uma estrutura essencialmente analógica. A *Rechtsfindung* é, precisamente, a construção da relação de correspondência entre dado normativo, formulado na *fattispecie* legal, e dado concreto, através de um procedimento que entre ambas estabeleça as semelhanças, que as parifique”. Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, pp. 60-61. Sobre a questão, ver também Fernando José BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, em particular as pp. 543 e ss..

hermenêutica enquanto modo ontológico de compreensão do mundo⁸⁹³: no processo de compreensão textual/verbal que fundamenta, existem sempre, pelo menos, dois mundos de experiência, de sentido, que são respectivamente aquele em que o texto foi escrito e aquele de quem o interroga, de quem o interpreta. O sentido do círculo hermenêutico ganha aqui um novo relevo, que Hassemer traduz com a fulgurante metáfora da espiral hermenêutica. Uma espiral através da qual o conhecimento jurídico se produz num contínuo andar cá e lá do olhar do intérprete entre norma e circunstância de facto⁸⁹⁴, num processo que é orientado pela pré-compreensão do mesmo quanto à razoabilidade daquela correspondência⁸⁹⁵.

É curioso como, desde logo, nesta pré-compreensão podemos perceber uma instância capaz de exercer sobre a tão temida discricionariedade alguma limitação e algum controlo. Zaccaria chama a atenção para o facto desta pré-compreensão não configurar um acto subjectivo ou individual, ainda que tendo origem no sujeito particular que é chamado a aplicar a disposição geral e abstracta ao caso concreto. O que se pretende realçar é que estas pré-avaliações do intérprete reflectem a sua participação numa dada cultura comum, que partilha sentidos e expectativas⁸⁹⁶, e que nessa medida podem constituir um travão à excessiva criatividade judicial⁸⁹⁷.

Que esta preocupação constitui, e constituiu sempre, uma das mais elementares polaridades da hermenêutica jurídica é visível na importância que esta tem procurado adscrever ao problema do método. A mostrar, inclusive, as particularidades implicadas por uma hermenêutica jurídica que não tem que deixar de ter como pressuposto uma hermenêutica filosófica. Isto porque se a hermenêutica filosófica gadameriana é

⁸⁹³ Que, nessa medida, podemos ver não como contendo em si uma metodologia mas, eventualmente, precedendo e informando uma.

⁸⁹⁴ Cfr. Winfried HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, *apud* Karl LARENZ, *op.cit.*, p. 287. Também Gregorio Robles prefere a expressão espiral hermenêutica à de círculo hermenêutico. Cfr. Gregorio ROBLES, *op.cit.*, p. 85.

⁸⁹⁵ Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, pp. 179-180.

⁸⁹⁶ Quanto à noção de comunidades interpretativas, cfr. *supra* p. 306, n.814; p. 320, n. 849.

⁸⁹⁷ Nessa conta os tinha Gadamer. A inspiração hermenêutica e gadameriana da *chain novel* de Dworkin parte igualmente desse pressuposto. A história e tradição que rodeiam um texto e as suas leituras acabam por se verter naquela pré-compreensão. Cfr., em geral, Ronald DWORKIN, “How Law is like Literature”; Stanley FISH, “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, *in* Lenora LEDWON, *op.cit.*, pp. 47 – 60.

fundamentalmente anti-metodológica⁸⁹⁸, expondo, de certo modo, as limitações das regras metodológicas da interpretação, a hermenêutica jurídica não prescinde já de um conjunto de regras que disciplinem o uso dos vários meios a que o intérprete pode recorrer. É uma necessidade histórica, enraizada nas mais profundas tradições da ciência jurídica e da teoria da interpretação jurídica. É a necessidade de dotar a interpretação jurídica de um conjunto de procedimentos intelectuais, de critérios de orientação, que permitam delinear uma plataforma de controlo dos resultados interpretativos e aplicativos. O método identifica-se com este acervo de critérios e de procedimentos, da mais diversa natureza, que é utilizado pelos juristas no conhecimento e na investigação do Direito e nos correspondentes processos de concretização jurídica⁸⁹⁹. O que com a sua presença se pretende é exactamente introduzir uma nota determinante de racionalidade nos processos de interpretação e concretização do Direito.

O reconhecimento, hoje mais ou menos generalizado, da natureza criativa dos processos de interpretação e o facto de estes serem co-naturais à própria constituição da normatividade, levanta o inevitável receio de um excesso de criatividade interpretativa por parte dos tribunais. O perigo é o de que a margem de liberdade ligada aos elementos discricionários da interpretação e ao carácter singular do seu agente possa degenerar em arbítrio subjectivo. Simplesmente, o facto de nos movermos num terreno decisório marcado pela presença de uma racionalidade prática e material, em que permanentemente são convocadas categorias axiológicas, não implica que tenhamos que

⁸⁹⁸ Zaccaria chama, a dado passo, atenção para os termos tendencialmente antitéticos em que se verte a dupla Verdade e Método. Ou verdade ou método, poder-se-ia dizer. Não deixa também de reconhecer que este fundamental anti-metodologismo da hermenêutica filosófica não encontra grande expressão no âmbito do Direito, que, desde sempre, mas de modo particularmente acentuado nos dois últimos séculos, “reconhece na metodologia um momento importante e não renunciável da reflexão do jurista”. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 198. O que a hermenêutica filosófica põe em evidência é que a compreensão tem que se fundar na *praxis* da vida, mostrando que as hipóteses de interpretação de um texto não são descobertas através de um processo orientado por regras, antes derivando do próprio viver quotidiano. Daí que também se entenda que a hermenêutica gadameriana se aproxima de uma concepção segundo a qual se deveria prescindir completamente de critérios de interpretação. Rejeitando vivamente o cientismo ainda dominante do seu tempo, aquilo que critica Gadamer é a possibilidade de reduzir a verdade a uma verificabilidade metódica Cfr. Ulrich SCHROTH, “Hermenêutica filosófica e jurídica”, in A. KAUFMANN / W. HASSEMER, *op.cit.*, pp. 381 – 403, p. 385; Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, p. 20.

⁸⁹⁹ Cfr., v.g. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, *max.* pp. 17-23; Karl LARENZ, *op.cit.*, *max.* pp. 339 – 347.

prescindir de regras, da obediência a critérios que tornam as decisões tomadas, não só racionais em si mesmas, como também passíveis de um controlo exterior. A exigência geral de racionalidade, que se pressupõe implicada no Direito, obriga assim a ponderar a consagração de critérios, regras, procedimentos, que coarctem quaisquer intemperanças discricionárias, e que permitam uma posterior sindicância das hipóteses interpretativas. E nesta medida, independentemente do valor vinculativo ou cogente que viermos a reconhecer a estes métodos, a estes critérios, o que importa reter é que eles fazem parte obrigatória de qualquer concepção que rejeite a irracionalidade do pensamento jurídico e da prática judiciária⁹⁰⁰. O método faz parte da experiência do quotidiano de qualquer jurista, contribuindo de modo constitutivo para a realização da juridicidade.

Num tempo em que se vinculava o pensamento jurídico a uma racionalidade eminentemente lógica e dedutiva, o receio que despertavam os intérpretes e a possibilidade destes, com as suas elucubrações, introduzirem algum elemento de incerteza ou discricionariedade em leis que se consideravam intocáveis, e garantia da máxima isenção, levou a ciência jurídica a debruçar-se sobre estas questões metodológicas. As motivações eram outras, concordes, de resto, com a global concepção jurídica que professava o século XIX, e a intenção foi a de procurar limitar as veleidades criativas que pudessem despontar na actividade judicial. A isso se destinava o quadro metodológico traçado por Savigny, a que já fizemos variadas referências ao longo deste texto. Ainda que as preocupações subjacentes à metodologia jurídica sejam mais antigas, percorrendo toda a história do pensamento jurídico, podemos dizer que é com o autor germânico que a disciplina ganha autonomia. Com ele são enunciados os quatro critérios clássicos de interpretação que, reformulados na sua substância e na sua intenção ao longo das obras de maturidade do autor, virão a integrar a maioria dos sistemas jurídicos continentais⁹⁰¹.

7. Actual compreensão da teoria da interpretação jurídica. Natureza institucional/pessoal da decisão judicial

⁹⁰⁰ Deste ponto de vista, o método jurídico não se encontra vinculado a uma particular doutrina jurídica, antes fazendo parte de todas as posições que rejeitam a irracionalidade do Direito. Cfr. Jean-Louis BERGEL, “Méthodologie juridique”, in A. J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1993, apud Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 208.

⁹⁰¹ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *Sobre la interpretación del Derecho*, p. 93.

Até aos dias de hoje, a interpretação jurídica vai-se construindo a partir dos canónicos elementos literal, sistemático, histórico e lógico, este último mais frequentemente identificado com o elemento teleológico que, com tantas reservas, Savigny acatou nos tempos do *System des heutigen Römischen Rechts*. Com recurso a estes cânones, pretendia o jurista reunir condições para reconstruir o pensamento contido na lei, no seio de uma concepção que, mau grado o relevo que concedia à realidade historicamente vivida, aos institutos jurídicos enquanto decantação da tipicidade das relações humanas, colocava no centro gravitacional da ciência jurídica aquela mesma lei. O intérprete dever-se-ia colocar no ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente as suas operações e recompor a lei na sua inteligência⁹⁰². O bom êxito da interpretação depende, para o mestre germânico, de duas condições essenciais, em que se resumem as características daqueles elementos: “em primeiro lugar, devemos reproduzir em nós mesmos a operação intelectual em virtude da qual se determinou o pensamento da lei; em segundo lugar, devemos ter em consideração os factos históricos e todo o sistema de direito para os pôr em imediata relação com o texto que tratamos de interpretar”. Isto com o propósito, afirma Larenz, de encontrar sob os pensamentos do legislador o pensamento jurídico objectivo que se realiza no instituto histórico⁹⁰³.

Elencando os elementos constitutivos do processo de interpretação jurídica, Ruggiero aponta como meios ao serviço do intérprete o filológico ou gramatical, o lógico, o histórico e o sociológico, acrescentando que várias são as possíveis classificações formais apresentadas por diferentes autores. Desvaloriza, no entanto,

⁹⁰² Cfr. Friedrich Karl von SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, pp. 149-151.

⁹⁰³ Larenz demarca-se expressamente daqueles autores que vêem Savigny como representante da teoria subjectivista da interpretação, “ou seja, de uma concepção que vislumbra o objecto da interpretação na transmissão de um facto empírico, da «vontade» do legislador histórico psicologicamente entendida (...) Quando Savigny exige que o intérprete repita no seu espírito a actividade do legislador pela qual a lei surgiu e assim deixe que a lei surja de novo no seu pensamento, exige bem mais do que a verificação de certos factos: exige, nomeadamente, uma actividade espiritual própria, que forçosamente o leva além do que porventura o legislador histórico concretamente terá pensado com as suas palavras”. Cfr. Karl LARENZ, *op.cit.*, pp. 15-16, n. 5. Engisch será, precisamente, um daqueles autores para quem Savigny se apresenta, inequivocamente, como subjectivista, no que toca à interpretação. Cfr. Karl ENGISCH, *op.cit.*, pp. 170-171.

estas disparidades formais, acentuando a necessidade de estimar no seu valor todos os elementos, destacando a importância, já ao seu tempo, do elemento sociológico. Um elemento através do qual procurava comprovar a bondade de interpretações obtidas a partir dos restantes elementos, verificando a sua correspondência às necessidades e fins práticos de cada momento. Não que o recurso a esse elemento autorizasse o intérprete a modificar a norma ou a não a aplicar, mas poderia permitir a suavização da sua aplicação, tornada mais conforme ao sentimento geral da época e a novas orientações da consciência social⁹⁰⁴.

Sob uma ou outra formulação, com transformações e aditamentos vários, estes critérios constituem parte integrante de uma sólida herança metodológica e hermenêutica, de que o jurista terá dificuldade em prescindir. Mas se a presença e pertinência deste património é inequívoca e indubitável, o mesmo não se poderá dizer do modo como o mesmo é ou deve ser empregue para que os objectivos propostos sejam alcançados. Se ao longo do século XIX se pretendeu, através da fidelidade a estes critérios metodológicos, evitar a todo o custo interpretações erróneas de textos legais supostamente perfeitos, capazes de fundamentar uma prática imparcial e objectiva do Direito, o século XX pôs esses mesmos instrumentos perante desafios menos lineares e mais exigentes. Não que o próprio Savigny não tivesse já intuído, e mais até do que isso, a riqueza transformativa da arte interpretativa, e a necessidade de encarar os elementos da interpretação como se de quatro operações distintas se tratasse, a operar necessariamente em conjunto para que o resultado interpretativo gozasse de legitimidade⁹⁰⁵. E mobilizando diferentemente esses quatro elementos consoante o tipo de texto e a problematicidade da situação. Hoje, como já vimos, pretende-se encontrar nas metodologias interpretativas um ponto de apoio para que o discurso jurídico, mormente o judiciário, se possa dizer racional e não puramente casual ou aleatório. Desmistificar ilusas garantias de objectividade e de segurança não só não atira o pensamento jurídico para o mero cepticismo e para a pura arbitrariedade decisional, como legitima o aperfeiçoamento dessas mesmas garantias, com fundamentos mais

⁹⁰⁴ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *op.cit.*, pp. 137-147.

⁹⁰⁵ Cfr. Friedrich Karl von SAVIGNY, *op.cit.*, p. 150. O autor confessa a certa altura que o êxito da interpretação admite vários graus em relação directa com o talento do intérprete, e mesmo do talento do legislador que, soberano nessa matéria, pode exprimir e condensar no seu texto as ideias positivas. “Deste modo, a legislação e a interpretação exercem entre si influências recíprocas, prosperam juntas e a superioridade de cada uma é para a outra condição e garantia de desenvolvimento”. Cfr. *ibidem*, p. 151.

sólidos e realistas. Apesar das pretensões manifestadas pelo próprio Savigny quanto ao valor da interpretação e dos concretos critérios metodológicos a que esta se deve submeter, o entendimento que sobre estas realidades dominou ao longo do século XIX mostrou-se bastante rígido e inflexível. Como se de pura técnica se tratasse. O que a doutrina novecentista vem acentuar são as limitações inerentes a essa perspectiva. Não são os critérios interpretativos em si mesmos os que são criticados. Nem na forma nem na substância propriamente dita. O que verdadeiramente se questiona, aquilo que se problematiza, é o concreto uso que desses elementos metodológicos se deve fazer para alcançar resultados correctos, justos e legítimos. Resultados que sejam válidos aos olhos da ordem jurídica de referência.

Não parecem hoje restar grandes dúvidas sobre o facto de os frutos de qualquer processo interpretativo se mostrarem mais dependentes de uma concreta utilização prática dos métodos para tal disponíveis do que propriamente de uma apreciação objectiva dos mesmos. Nessa concreta utilização prática terá que emergir um certo entendimento de cada um dos elementos hermenêuticos, que resulte numa certa hierarquização desses, de acordo com as próprias exigências do circunstancialismo analisado. O recurso a um determinado método ou critério de interpretação em detrimento dos restantes, ou a execução de uma dada composição sincrética obtida a partir de alguns deles, implicará forçosamente a consagração de diferentes resultados interpretativos. Com efeito, mostra-nos a *praxis* judiciária que, para além de não haver critérios pré-fixados quanto àquela hierarquia, o que frequentemente sucede é serem estes métodos utilizados de modo combinado, reciprocamente se complementando. E assim, fundamental se mostra o processo de escolha ou selecção do ou dos critérios interpretativos a utilizar em cada situação concreta da vida, que irá determinar, em última instância, o produto final de um procedimento judicial⁹⁰⁶. Esta é uma escolha à

⁹⁰⁶ É frequente haver, por parte da doutrina, uma certa subordinação dos vários critérios hermenêuticos àquele que foi considerado o critério “príncipe” ao tempo do positivismo legalista: a referência à letra da lei. Nesse sentido, no seio da que era chamada doutrina do “sens clair”, pretender-se-ia fazer valer o significado inequívoco da letra da lei sobre quaisquer outros sentidos possíveis, que só interviriam em caso de fracasso do primeiro. Hoje temos consciência de que os próprios critérios que nos permitem determinar se a letra é ou não clara, dependem definitivamente da perspectiva do próprio intérprete, de qual seja o ponto de vista que ele adopte a esse respeito e, em geral, de tudo aquilo que vimos condicionar qualquer processo de interpretação jurídica. Cfr., entre outros, Gustavo ZAGREBELSKI, *op.cit.*, p. 135; Enrique Pedro HABA, *Metodologia Jurídica Irreverente. Elementos de profílix para encarar los*

qual, por seu turno, não será alheio o próprio sentido hermenêuticamente atribuído pelo intérprete a cada um daqueles elementos, num processo circular que, mais uma vez, representa um exercício de discricionariedade judicial.

Um dos defeitos desde cedo apontados à tradicional teoria da interpretação jurídica, reside precisamente na ausência de uma hierarquização segura dos múltiplos critérios de interpretação. Constatando essa falta, Engisch acusa Savigny de, ao reconhecer os quatro elementos da interpretação como quatro actividades que deveriam intervir conjuntamente para alcançar uma boa interpretação, ter passado por cima do verdadeiro problema mediante uma hábil formulação⁹⁰⁷. Porque a grande dificuldade está no facto de diferentes métodos conduzirem a diferentes resultados, e de nada pré-determinar a selecção ou a composição dos vários tipos de interpretação⁹⁰⁸. O que verdadeiramente vai determinar o emprego de um ou de outro método, ou a sua composição numa certa construção metódica, são as necessidades e as exigências

discursos jurídicos terrenales (a contrapelo de las fabulaciones dominantes en la más actual teoría del derecho), Madrid, Dykinson, 2006, p. 216.

⁹⁰⁷ Cfr. Karl ENGISCH, *op.cit.*, p. 145. Mostrando, à saciedade, a pluridimensionalidade, a complexidade implicada na utilização de cada método canonizado da teoria da interpretação jurídica, Engisch põe em evidência a impossibilidade de separar uma interpretação literal da norma de uma compreensão de sentido da mesma. Considera também os métodos sistemático e teleológico muito mais complexos do que à primeira vista parecem, concluindo pela sua essencial elasticidade e pluridimensionalidade. Cfr. *ibidem*, pp. 138-145.

⁹⁰⁸ “Não domina bastante frequentemente o arbítrio na escolha ou preferência de uma ou de outra espécie de interpretação no caso concreto?” Cfr. *ibidem*, p. 145. Referindo-se aos diferentes resultados interpretativos implicados na escolha dos respectivos métodos, Zaccaria esclarece que “é evidente, por exemplo, que a preferência por uma interpretação de tipo literal, ou que antes privilegie a *ratio* objectiva das normas, traga relevância aos elementos axiológicos da autoridade, da certeza do direito e da ordem social, e pressuponha que o intérprete esteja vinculado à estrutura gramatical do texto da lei, considerado como produto linguístico. Um tipo de interpretação evolutiva, ou que, de qualquer modo, valorize a intenção directiva do legislador ou do ordenamento, sublinha, pelo contrário, os valores da adequação do direito às transformações sociais e do cumprimento de uma tarefa substancial de justiça e implica aquela que um importante expoente da *Tübinger Schule*, Phillip Heck, definiu como uma obediência pensante. Uma interpretação de tipo sistemático, enfim, privilegia a ideia de que o legislador dispôs as normas segundo uma ordem sistemática e que o respeito por tal ordem proporciona ao intérprete úteis elementos de natureza semântica. Na realidade”, continua o autor, “a subtilidade e a complexidade do mecanismo combinatório dos diversos métodos, que na *praxis* interpretativa é adoptado, fazem com que as alternativas axiológicas subjacentes não sejam de todo em todo claras ou evidentes ...”. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 222.

práticas de uma situação concreta. “Parafrazeando o antigo ensinamento aristotélico”, lembra Zaccaria, “poder-se-ia dizer que o método se pode desenvolver e verificar apenas na medida em que se pratica: aquilo que ele é, mostra-se no seu uso. Os critérios interpretativos não podem senão emergir da observação da *praxis* concreta do direito e não de presumíveis princípios indiscutíveis” que sempre estariam sujeitos, face ao caso concreto, à possibilidade de uma contestação crítica⁹⁰⁹. Isto leva o autor a afirmar igualmente que para cada discurso relativo ao método é necessário, pois, partir da realidade, da análise e da observação das suas características concretas. Essas são as que vão obrigar a uma cuidadosa ponderação dos critérios interpretativos por parte do aplicador, que no processo vê implicados não apenas os seus conhecimentos técnico-jurídicos, profissionais, mas antes o seu conhecimento em geral, a sua cultura, as suas inclinações políticas, religiosas, éticas, os elementos que integram o seu mundo de preconceitos, de preferências, de aversões, o seu temperamento. E isto é assim porque a actividade judicial se processa a partir de uma matriz decisória. Melhor dizendo, isto é assim porque a hermenêutica judicial se desenvolve mediante processos de decisão. Que conformam processos de selecção, de escolha, que estão presentes não apenas na determinação de sentidos dos textos jurídicos (em função do contexto fáctico referencial), isto é, na sua interpretação, mas também nos processos que fixam os métodos interpretativos de que se irá lançar mão. A interpretação jurídica, como temos vindo a constatar, não constitui um processo linear que obedeça a rígidas pautas pré-estabelecidas. E as decisões de que se vai compondo são necessariamente fruto daquele que a compõe, e que, sendo juiz, advogado ou académico, não deixa nunca de ser

⁹⁰⁹ Cfr. *ibidem*, p. 223. Referindo-se a três diferentes acepções de método jurídico, normativa, descritiva e crítico-reflexiva, Castanheira Neves evoca os versos de António Machado para caracterizar a acepção descritiva, uma em que também o caminho se faz caminhando: “caminante no hay camino, se hace camino al andar”. Mas não nos parece que rejeitasse o autor essa mesma caracterização para o próprio conceito de método criticamente pensado, “em que a razão não prescreve *a priori* um método à prática e também o não descobre apenas *a posteriori* na descrição de uma prática metódica e antes a razão, assumindo intencionalmente uma certa prática, vai referir esta aos sentidos fundamentantes (...) para a reconduzir, numa atitude criticamente reflexiva que terá naqueles fundamentos o seu horizonte e justificação, como que à própria razão dessa mesma prática”. Cfr. António Castanheira NEVES, *A metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, pp. 10-12. No mesmo sentido vão as conclusões de Calvo García, ao constatar a dificuldade actual em disfarçar ou ignorar a “folga” hermenêutica inevitavelmente implicada pela textura aberta do direito e pelas condições práticas da decisão jurídica. Cfr. Manuel CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método crítico. Una revisión crítica*, pp. 249 e ss..

humano. Pelo que, em cada decisão que adopta, deixa revelar a sua personalidade. Por muito que o dissimule.

Conta James Boyle que, tendo um dia interrogado um grupo de alunos sobre aquilo que sabiam acerca do realismo jurídico, um estudante terá respondido que “os realistas foram aqueles que nos fizeram ver que os juízes, para vestir as calças, metem primeiro uma perna e depois a outra, como toda a gente”⁹¹⁰. Tirando o facto de muitos dos actuais juízes vestirem saia e não calça, a verdade é que os realistas tiveram o mérito de nos alertar para muitas das contingências a que naturalmente está submetido o processo de construção hermenêutica do Direito. Sublinhe-se o “naturalmente”, porque o facto é que estas contingências são reais e não elimináveis. “Não há ensino universitário, nenhum tipo de formação jurídica, por mais perfeita que seja, capaz de eliminar tal condicionamento. É assim, queira-se ou não, simplesmente pelo dado mais trivial relativo ao pensamento jurídico na prática: os juristas não são menos umas pessoas de carne e osso que qualquer outro ser humano!”⁹¹¹.

Vários são os autores que, mais ou menos ironicamente, vêem nestas pautas regulativas a grande vantagem de permitirem ao intérprete cobrir com um manto de legitimidade e racionalidade as escolhas mais ou menos livres que em sede interpretativa levaram a cabo. Assim Ross conclui pela caracterização das máximas de interpretação que integram uma ordem jurídica como implementos de uma técnica que, dentro de certos limites, habilita o intérprete a alcançar a conclusão que considera desejável de acordo com as circunstâncias, preservando simultaneamente a ficção de que se está apenas a obedecer à lei e aos preceitos objectivos da interpretação⁹¹². Também Alejandro Nieto critica o chamado método de interpretação por não servir para obter um resultado interpretativo e sim para justificar um resultado já decidido de antemão⁹¹³. Os termos em que reproduz aquele que considera ser o raciocínio

⁹¹⁰ Cfr. James BOYLE, “The politics of reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, pp. 685-780, *apud* Juan PÉREZ LLEDÓ, *op.cit.*, p. 240.

⁹¹¹ Cfr. Enrique Pedro HABA, *op.cit.*, p. 347. Para o autor, por mais voltas que muitos teóricos tentem dar, o ponto-chave para apreciar as possibilidades de qualquer metodologia com vista à prática do Direito será sempre o mesmo: “as «cabeças» dos juízes!” Cfr. *ibidem*, pp. 25-26; 346-347, *passim*. Neste mesmo sentido, ver também, entre outros, Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, pp. 174 e ss..

⁹¹² Cfr. Alf ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, pp. 156, 173 e ss..

⁹¹³ Refere, nesse contexto, os irónicos termos com que Haft louva as vantagens oferecidas pelos cânones hermenêuticos, “uma vez que dão a sensação de que se está a proceder de uma maneira rigorosa, lógica e

convencional seguido por uma sentença que procura ser hermeneuticamente impecável, podendo-nos fazer esboçar uns sorrisos, afigura-se-nos profundamente realista: “começa por recusar, por exemplo, o método literal por o considerar «absurdo»; depois passa ao método histórico, que acaba por também rejeitar por entender que «não é adequado às necessidades do momento actual»; e seguidamente passa ao método contextual, que também não se aceita, por considerar que acaba por ser incoerente. Três métodos que, certamente, levavam à consequência de que tinha preferência o direito do demandante. O juiz continua a sua análise e chega ao método teleológico, conforme o qual, no entender do julgador, o preceito «quer dizer» aquilo que ele pessoalmente considera correcto e, em consequência, dá-se razão ao demandado. Em resumo, não se trata de procurar, entre várias, a chave – a única – que encaixa na fechadura da única porta, mas de pegar precisamente na chave, de entre as várias disponíveis, que encaixa na fechadura da porta que precisamente queremos abrir e que prévia e intuitivamente escolhemos de entre as várias que dão acesso ao edifício. Ou seja, primeiro é a porta (a solução) e depois a chave (o cânone interpretativo técnico)”⁹¹⁴. A partir daqui, entende Nieto que a liberdade do juiz, se existe para escolher de entre os métodos interpretativos disponíveis aquele que mais adequado lhe parece, é necessariamente extensível à própria decisão, pois que, tendo em conta que sempre haverá um critério que justifique as consequências desejadas, o raciocínio hermenêutico não será determinante. Ou não o será, acrescentamos nós, na medida em que nesse raciocínio se pretenda ver delineado um percurso mais ou menos escolástico, da fidelidade ao qual possa resultar uma mágica e impoluta solução. Sê-lo-á, pelo contrário, de pleno direito, se nele reconhecermos o caminho – firme mas maleável – que inevitavelmente terá que ser trilhado para que uma solução legítima – materialmente a(justa)da - venha a ser alcançada.

É esta margem de liberdade, nunca eliminável, que tem levado ao longo dos tempos muitos autores a debater a racionalidade característica de certo tipo de saberes práticos, como o do Direito. Vimos que a noção de método surge associada à necessidade de preservar essa racionalidade, pela possibilidade de exercer sobre a actividade judiciária, no nosso caso, algum tipo de controlo. Mas também aí nos

racional e, sobretudo, neutral e, com isso, se justifica o objectivo desejado; mas não ajudam realmente, porque só valem para quando já se tem o resultado. Por outras palavras: só ajudam quem não precisa”. Cfr. Fritjof HAFT, *Juristische Rhetorik*, 1978, *apud* Alejandro NIETO, *op.cit.*, p. 35, nota 2.

⁹¹⁴ Cfr. Alejandro NIETO, *op.cit.*, p. 34.

deparamos com novas franjas de discricionariedade. Até pela equívocidade inerente àquela noção de racionalidade, a que muitos têm preferido a de razoabilidade, porventura mais conforme com a natureza axiológica do discurso jurídico⁹¹⁵.

Quando antes falámos em método, identificámo-lo com o conjunto de regras e procedimentos empregues pelos juristas nas suas tarefas de conhecimento e aplicação do Direito. Regras e procedimentos que configuram um esquema racional, de antemão definido com a maior precisão possível, ao qual se deverá submeter o exercício de uma determinada actividade, com o objectivo de alcançar certos resultados⁹¹⁶.

No âmbito da descrição daquela que designa como orientação negativo-heurística ou crítica da Metodologia, frente a uma orientação positivo-estandardizante, Pedro Haba interroga-se sobre se haverá lugar a tais tipos de procedimentos quando nos situamos perante a necessidade de resolução de assuntos da vida prática, em terrenos como o jurídico⁹¹⁷. É no domínio da racionalidade tipicamente científica que esta noção de método mais visivelmente colhe: quando a própria racionalidade de um discurso científico se faz depender da elaboração e aplicação meticulosa de métodos ditos científicos, capazes de proporcionar instâncias que permitam comprovar a veracidade dos conhecimentos obtidos. A racionalidade eminentemente prática e material subjacente ao discurso jurídico tem dificuldades em se compaginar com este modelo, que directamente contende com a sua realidade.

Em tom de provocação, tom que, aliás, marca todo o trabalho, Haba reconhece que para que o discurso jurídico possa, de modo efectivo, cumprir as suas funções essenciais, de ordenação, controlo e pacificação social, tão necessário é que ele pareça racional como que não o seja muito⁹¹⁸. Qualquer teoria sobre o discurso jurídico que o procure entender ou programar como um sistema de locutores basicamente racionais – modos que Haba diz idílicos de focar o pensamento de juristas profissionais - estará,

⁹¹⁵ Cfr. Haba sugere uma posição intermédia, que leve a recorrer ao razoável como complemento do racional. Cfr. Enrique Pedro HABA, *op.cit.*, pp. 108-110.

⁹¹⁶ Já a metodologia dirá respeito à reflexão que sobre estes métodos pode vir a incidir: qual o sentido de cada um, qual a sua adequação aos fins da disciplina em questão, qual o seu alcance ou o potencial grau da sua eficácia. Enquanto por método entendemos uma forma de conduzir o pensamento, por metodologia jurídica entendemos o estudo dos procedimentos e dos métodos que os juristas são levados a praticar nas suas actividades de investigação, criação e aplicação do Direito, com o objectivo último de dar solução aos problemas jurídicos. Cfr. *v.g.*, Jean-Louis BERGEL, *op.cit.*, p. 18.

⁹¹⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 123 e ss..

⁹¹⁸ Cfr. *ibidem*, p. 156.

pois, irremediavelmente condenada a enganar-se. Porque os juristas reais não são assim, e porque qualquer tentativa de encarar o estudo de uma sociedade ou do seu direito como se de um sistema racional se tratasse, conduz inevitavelmente a perder contacto com os factores reais que os fazem funcionar, e cuja racionalidade, ainda que presente numa série de regularidades fundamentais, tem sempre um alcance muito parcial⁹¹⁹. Para Haba, é esta estrutura do tipo “sistema jurídico”, que para muitos determinaria o pensamento jurídico, que se mostra basicamente enganadora para apreender o verdadeiro funcionamento do Direito. Nesse sentido, rejeita a ideia de que um conjunto de pautas ou critérios metodológicos deva ser imposto *a priori* a uma determinada prática, com o intuito de racionalizar ou mesmo “razoabilizar” o seu exercício, com consequências úteis ou válidas. Se, por um lado, só as necessidades práctico-normativas podem determinar os contornos desses critérios, são, por outro lado, os poderes reais de que o intérprete dispõe no exercício da sua actividade aqueles que mais directamente contendem com a mera possibilidade de determinar nas disposições de direito positivo um sentido que se possa dizer verdadeiro e racional⁹²⁰.

Haba invoca, a este propósito, um texto de Stanislav Andreski, segundo o qual a metodologia é sempre meramente profiláctica, uma vez que nos pode ajudar a evitar alguns contágios, mas se mostra impotente para nos garantir a saúde. Podendo prevenir-nos contra alguns perigos, não nos pode ajudar a conceber novas ideias, não proporcionando qualquer espécie de solução algorítmica para resolver os principais problemas práticos de que se ocupa a investigação social⁹²¹. Assim, propõe o autor que se considere como o mais essencial dos métodos de investigação o do pensamento livre de entraves ou preconceitos⁹²². Ainda a este respeito, Andreski lembra ainda os

⁹¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 153, 156-157.

⁹²⁰ Assim, ainda que as práticas intelectuais características do Direito contenham “certas racionalidades formais, sobretudo de tipo procedimental, ficam subordinadas a amplas franjas de irracionalidade quanto ao fundo das decisões”. Quando adverte contra os diferentes sentidos com que o termo racionalidade vai sendo empregue, Haba repara no sentido emotivo com que cada autor considera racional, ou razoável, aquele tipo de procedimentos intelectuais com os quais está pessoalmente de acordo, ou seja, aquilo que ele mesmo recomenda para se mover no âmbito da matéria examinada. Cfr. *ibidem*, pp. 108-109, 155.

⁹²¹ A principal vantagem da aplicação mecânica de técnicas rotineiras vê-a Andreski no facto de permitir uma produção massiva de publicações sem grande esforço intelectual. Cfr. Stanislav ANDRESKI, *Social Sciences as sorcery?*, 1972, trad. fr. Anne et Claude Rivière, *Les sciences sociales. Sorcellerie des temps modernes?*, Paris, PUF, 1975, pp. 119-120, 126-127.

⁹²² Cfr. *ibidem*, p. 120.

resultados de uma entrevista levada a cabo por um jornal francês, alguns anos antes da I Guerra Mundial, dirigida a algumas das mais proeminentes figuras francesas dos diferentes ramos das hoje chamadas ciências sociais. Pretendia-se saber com o que é que identificavam o método mais essencial da sua disciplina. E se muitos responderam com “disquisições metodológicas eruditas”, o pensador Georges Sorel, de forma lapidar e muito actual, terá respondido com uma só palavra: honestidade⁹²³.

Esta é uma referência metodológica cuja presença se intui igualmente na aproximação realista crítica proposta por Haba que, não se limitando a sublinhar o carácter opcional e decisório de toda a interpretação jurídica, põe o jurista diante da sua própria responsabilidade, obrigando-o a assumir as suas escolhas, as suas opções, não lhe permitindo, para as fazer, escudar-se na obediência a um conjunto de métodos ou pautas regulativas⁹²⁴. O conhecimento destas é relevante na medida em que contribuem para o intérprete se “enganar menos”. Elas são, essencialmente, “ideias a ter em conta” na actividade interpretativa e profissional do jurista⁹²⁵.

Ora, mau grado o invólucro provocador da aproximação metodológica realístico-crítica de Haba, o facto é que muitas das suas conclusões vão ao encontro de teses hoje

⁹²³ Cfr. *ibidem*, p. 268; Enrique Pedro HABA, *op.cit.*, p. 168.

⁹²⁴ Dirigindo-se a um fictício juiz, Haba adverte: “Compreenda que não há Deus, nem «letra», nem «espírito da lei» ou «vontade do legislador», nem modelo ideal de «racionalidade» («dialogal» ou outra) ou umas regras para a «argumentação», nem chaves do «relato», nem umas «técnicas (cripto-objectivas) de ponderação», nem nenhuma outra coisa, que lhe vão resolver esse problema em vez de si! Decida você, não procure dissimular esse facto!”... “Não se engane! É você, não a «letra», quem se decide a interpretar este texto desta ou daquela maneira”. Ainda assim, Haba não descarta a fidelidade a certas vias heurísticas, profundamente realistas e “insubornavelmente críticas”, oferecidas pelo pensamento de orientação empírico-racional, que permitirão ao intérprete manter-se dentro dos limites do especificamente jurídico. Cfr. *ibidem*, pp. 294-295.

⁹²⁵ Criticando o vício de pensar por sistemas, irrealista e prejudicial, sobretudo quando adoptado nas ciências sociais e na filosofia, Haba lembra o caminho proposto por Vaz Ferreira de “pensar por ideias a ter em conta”: “... outra das causas mais frequentes dos erros dos homens, e sobretudo do mau aproveitamento das verdades ... a diferença entre pensar por sistemas e pensar por ideias a ter em conta. Há dois modos de fazer uso de uma observação exacta ou de uma reflexão justa: o primeiro, é retirar dela, consciente ou inconscientemente, um sistema destinado a aplicar-se em todos os casos; o segundo, reservá-la, anotá-la, também consciente ou inconscientemente, como algo que há que ter em conta (entre muitos outros aspectos) quando se reflecte em cada caso sobre os problemas reais e concretos”. Cfr. Vaz FERREIRA, “Lógica viva”, in Vaz FERREIRA, vol. IV, 1910, *apud* Enrique Pedro HABA, *op.cit.*, pp. 128-129.

amplamente difundidas nos meios doutrinários e jurisprudenciais. Este entendimento das pautas metódicas da interpretação jurídica como “ideias a ter em conta”, tem informado uma larga parte dos estudos centrados nas características tópicas e retóricas do discurso jurídico. Estudos que se expandiram sobretudo a partir das obras de Theodor Viehweg, no campo da tópica jurídica, e de Chaïm Perelman, no da retórica, e a que subjaz a ideia de que os clássicos modos de pensar tópicos e retóricos, realçando o papel determinante das variantes problemáticas e de uma racionalidade de tipo material, se mostram mais adequados ao tipo de juízos e de práticas hermenêuticas habitualmente praticadas pelos juristas⁹²⁶. Pelo tipo de premissas com que lidam, não obtidas mecanicamente, de modo absoluto, mas antes assentes, como temos vindo a sublinhar, em complexos processos decisórios⁹²⁷. As premissas com que trabalham os juristas não são da ordem do verdadeiro, mas do verosímil; não são da ordem do absoluto, mas do provável. É um domínio em que a racionalidade se apresenta, na melhor das hipóteses, como razoabilidade, e em que a lógica da coerência retórica e da persuasão desempenham um papel fundamental. Os critérios com que vão justificadas as decisões, das disposições legais aos métodos interpretativos, passando por questões de facto, longe de terem um valor universalmente prescritivo, têm antes um valor tópico e argumentativo. São “elementos a ter em conta”, argumentos a esgrimir no contexto de uma decisão, que é sempre uma decisão hermenêutica⁹²⁸.

⁹²⁶ Cfr., em geral, Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*; *idem*, “Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico”, in *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 196-201; Francisco PUY MUÑOZ, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984; Chaïm PERELMAN, *O império retórico: retórica e argumentação*; *idem*, *Lógica Jurídica*; Bernard JACOB, “Book Review: ancient rhetoric, modern legal thought, and politics: a review essay on the translation of Viehweg’s *Topics and Law*”, *Northwestern University Law Review*, vol. 89, pp. 1622 e ss., 1995; Manuel ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006; Guillaume VANNIER, *Argumentation et Droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001. Articulando a actual crise da justiça com uma crise da palavra, e com a crescente promiscuidade daquela justiça com uma cultura popular excessivamente mediatizada, Maria Luísa Malato e Paulo Ferreira da Cunha procuram reabilitar os tesouros da retórica e da tópica, gerais e jurídicas. Cfr. Maria Luísa MALATO / Paulo Ferreira da CUNHA, *Manual de retórica e direito*, Lisboa, Quid juris, 2007.

⁹²⁷ Raciocínios entimemáticos e não apodícticos, na terminologia aristotélica. Cfr. *v.g.*, Chaïm PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, pp. 357, 363, 696 – 701.

⁹²⁸ A própria intenção última de justiça a que aspira o Direito é uma ideia a ter em conta aquando da tomada judicial de decisões. É um tópico da decisão judicial. Por outro lado, a teoria e o estilo de

Haba não deixa de reconhecer a larga difusão que estas ideias têm tido na cultura e no pensamento jurídicos, sobretudo a partir do final da II Grande Guerra. Mas faz questão de apontar que, apesar de já quase constituírem um lugar-comum na teoria básica do Direito, continuam bastante afastadas da consciência dos tratadistas de direito positivo⁹²⁹.

De um modo ou de outro, não parece hoje demasiado arrojado reconhecer que a interpretação jurídica se leva a cabo através de fecundos jogos argumentativos, que revelam vínculos muito mais estreitos com a clássica tradição da retórica do que com a racionalidade própria do discurso científico⁹³⁰. A perspectiva que, ao longo dos séculos, se foi tornando familiar, identificando a retórica primeiramente com o estilo e não com a substância, com a persuasão e não com a descoberta do melhor argumento, com a emoção e não com a razão, falha em fazer justiça à fundamental importância da retórica no mundo antigo, como meio de deliberar publicamente sobre assuntos públicos em condições de incerteza⁹³¹. Quem o afirma é Balkin, que observa também que, apesar da famosa crítica platónica, que por muitos séculos condenou a retórica a uma ciência de tropos, o mundo antigo percebia bem que a retórica tinha uma elementar dimensão subjectiva ao lado da estética. Dimensão que tinha a sua face mais visível ao nível da *inventio*, da criação e descoberta dos argumentos que melhor pudessem servir uma causa, uma ideia, uma convicção⁹³². Daí a importância do ensino da retórica para a boa formação do cidadão, no mundo de Séneca como, talvez, no nosso⁹³³. Daí, também, o

raciocínio orientam-se, cada dia mais, tanto nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos como nos de raiz romanista, no sentido de apreciar a prova, antes de mais como *argumentum* e não como dedução ou generalização indutiva. Cfr. v.g. José CALVO GONZÁLEZ, *El discurso de los hechos*, p. 83.

⁹²⁹ Cfr. Enrique Pedro HABA, *op.cit.*, p. 217.

⁹³⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 217-218. Sobre a questão, ver igualmente Francisco PUY MUÑOZ / Jorge PORTELA, coord., *La argumentación de los operadores jurídicos*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005; *idem*, *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004.

⁹³¹ Sobre a origem da retórica como arte do argumento nos tribunais, cfr., v.g. Brian VICKERS, *In defense of rhetoric*, pp. 6 e ss..

⁹³² Cfr. J.M. BALKIN, “A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason”, pp. 212.

⁹³³ E daí também as implicações que toda esta “nova” concepção jurídico-argumentativa e tópico-retórica *deveria* ter no que respeita ao ensino do Direito. James Boyd White insiste em mostrar que o jurista tem que aprender a pensar e argumentar sobre o sentido das normas, no seio de uma cultura jurídica que é

relevo que assume a retórica sempre que um domínio escapa ao ideal cartesiano de um conhecimento evidente, universalmente aplicável. Domínios como os da religião, da política, da moral ou do direito, em que o pluralismo é a regra, são domínios que só podem procurar a sua racionalidade no aparelho argumentativo, nas boas razões que apresentam contra ou a favor de cada ideia que manifestam, de cada posição que adoptam, de cada decisão pela qual respondem⁹³⁴. Uma racionalidade hermenêutica, pois, em que as respostas não são únicas e em que as decisões são fruto de argumentadas interpretações⁹³⁵.

Observa Guastini que uma interpretação em favor da qual não seja preciso aduzir argumentos não é uma verdadeira interpretação⁹³⁶. Argumentar significa justamente dar razões que justifiquem a bondade de uma decisão, que fundamentem a sua justiça e a sua justeza. Se a decisão judicial surge como fruto de um conjunto de interpretações opcionais assumidas no decurso do processo, é a própria decisão que tem que ser objecto de argumentação: quem decide deve justificar porque o fez da maneira que o fez. Não só deve fazê-lo como é, em qualquer Estado de direito actual, obrigado a fazê-lo. Na motivação, juridicamente fundamentada, de qualquer decisão judicial, se pode encontrar, talvez, um dos mais eficazes limites à discricionariedade ineliminável da actuação dos tribunais. É um elemento que, como adverte Segura Ortega, tem que acompanhar indefectivamente o exercício da discricionariedade, impedindo o arbítrio de se converter em pura arbitrariedade⁹³⁷. O que a motivação deverá expor é, no fundo,

uma cultura argumentativa alimentada pelo que chama retórica juridicamente constitutiva. Cfr. James Boyd WHITE, *From expectation to experience*, max. cap. 2, “Doctrine in a vacuum”, pp. 8-24.

⁹³⁴ Cfr. Chaïm PERELMAN, *O império retórico*, p. 171.

⁹³⁵ Sobre a argumentação jurídica e o modo como se articula com a problemática da interpretação jurídica, cfr., em geral, Josep Joan MORESO I MATEOS, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006; Carlos ALARCÓN CABRERA; *Lecciones de lógica jurídica*, Sevilla, Editorial MAD, 2000; Manuel CALVO GARCÍA, ed., *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del seminário de Metodología Jurídica*, vol. I, Zaragoza, Prensas Universitárias de Zaragoza, 2000; Écio Oto Ramos DUARTE, *Teoria do discurso & correção normativa do Direito. Aproximação à metodologia discursiva do Direito*, São Paulo, Landy, 2004, 2.^a ed., maxime caps. II e III; Edward RUBIN, “Trial by battle. Trial by argument”, *Arkansas Law Review*, vol. 56, pp. 261 e ss., 2003; Angelo COSTANZO, *L' Argomentazione Giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁹³⁶ Cfr. Riccardo GUASTINI, *Le fonti dell diritto e l'interpretazione*, pp. 327.

⁹³⁷ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *Sentido y limites de la discricionalidad judicial*, p. 40. Zaccaria vê na obrigação de motivação que depois da Revolução Francesa se impõe a todo o juiz a expressão técnica de uma exigência geral de razoabilidade, pela qual quem produz a decisão é obrigado a motivar as suas

a via argumentativa a partir da qual se desenvolve e se determina cada decisão hermenêutica que compõe o processo judicial⁹³⁸. Expostas deverão igualmente ir as razões que levaram o intérprete a se decidir num ou noutra sentido perante as alternativas de que dispunha. A apreciação e ponderação dos prós e contras de cada alternativa constituem o substrato argumentativo de qualquer interpretação, a demonstrar porque é que, de certa forma, a teoria da argumentação jurídica constitui a versão contemporânea da velha questão do método jurídico⁹³⁹.

E aqui se levanta um problema interessante. Não é apenas o sentido que entendemos atribuir a determinada prescrição legal, domínio tradicional de aplicação daqueles critérios metodológicos, aquele que deve ir justificado e argumentado. Esta necessidade põe-se de igual modo, desde logo, no que toca à própria selecção dos critérios ou métodos interpretativos. Motivada deve ir a preferência por um ou por outro, ou por uma certa combinação deles, que implicará um dado resultado interpretativo em vez de hipóteses alternativas. Prós e contras devem ir argumentativamente esgrimidos de modo a justificar, também aqui, as opções tomadas

escolhas, vindo essa motivação a ser controlada pelo sistema jurídico. A exigência de razoabilidade a que estão vinculadas quer a solução adoptada, quer a própria justificação, vê-a o autor no facto de, num âmbito em que não se dão certezas demonstrativas nem verdades empíricas, terem que ser apresentadas justificações, argumentos, provas, que permitam sustentar a passagem da incerteza e da probabilidade que caracterizam o ponto de partida para a certeza e univocidade das conclusões. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 206. O autor italiano destaca ainda um outro aspecto essencial desta lógica argumentativa que, não se inspirando em critérios de lógica exclusivamente formal, não pode, ainda assim, ceder ao arbítrio do decisionismo: “se a argumentação jurídica não sustentasse um discurso normativo geral, de aspiração à correcção dos argumentos, nenhum sentido poderia ser reconhecido à ideia da argumentação racional. E é precisamente esta pretensão universal de correcção que pode levar a reconhecer no discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral”, à semelhança do que é proposto por Robert Alexy. Cfr. *ibidem*, p. 235. Sobre a racionalidade jurídico-discursiva proposta por Alexy, cfr. Robert ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*, tr. port. Zilda Hutchinson Schild Silva, *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, São Paulo, Editora Landy, 2001; *idem*, “Una concepción teórico-discursiva de la razón practica”, *in idem*, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997, 2.ª ed., pp. 131-157; *idem*, “Sistema jurídico y razón practica”, *in ibidem*, pp. 159-177.

⁹³⁸ Traçando o paralelismo epistemológico entre interpretar/argumentar e compreender/explicar, Ricoeur constata que o entrecruzamento da argumentação e da interpretação ao nível da justificação das premissas parece inegável. Cfr. Paul RICOEUR, *O justo ou a essência da justiça*, Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p. 157.

⁹³⁹ Cfr. Manuel ATIENZA, *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*, p. 170.

pelo decisor⁹⁴⁰. De igual modo devem ser aduzidas razões que justifiquem ter o tribunal dado por provados determinados factos, considerados juridicamente relevantes, e não outros, que teriam porventura conduzido a resultados distintos. E, por último, também em relação aos resultados da lide, propriamente ditos, se impõe uma cuidada motivação, que mostre qual a fundamentação subjacente à escolha de determinadas consequências jurídicas perante as legítimas alternativas que ao tribunal se ofereciam. Neste sentido, a justificação das decisões judiciais deve-se projectar sobre os quatro fundamentais aspectos da norma, dos métodos interpretativos, dos factos e do estabelecimento das consequências jurídicas⁹⁴¹. A centralidade destes processos leva Zaccaria a afirmar que, em larga medida, a prática do Direito consiste, em última análise, na argumentação. E que também aqui, como já acontecia no terreno da interpretação, os vários discursos argumentativos não são passíveis de uma escolástica autonomização⁹⁴².

⁹⁴⁰ Por outro lado, e ainda a propósito destas pautas hermenêuticas de entre as quais o intérprete terá que optar, uma outra questão pertinente se levanta. Vallet de Goytisoló parece-nos estar a ver bem a questão quando se interroga sobre o alcance destas mesmas pautas no actual contexto da hermenêutica jurídica. Com efeito, e como já vimos, a hermenêutica moderna entende a determinação dos sentidos normativos do texto legal como função das próprias exigências de aplicação prática dos mesmos. Se a determinação dos factos juridicamente relevantes é fundamental para a própria interpretação dos textos normativos, e vice-versa, qual o objecto dos clássicos métodos de interpretação? Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *La interpretación según el Título Preliminar del Código Civil*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996, pp. 18, 21.

⁹⁴¹ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, pp. 81-82. Pondo em evidência a natureza multifacetada da aplicação judicial do Direito, também Iturralde Sesma destaca o facto de esta aplicação não se poder cingir a uma aplicação de enunciados jurídicos enquanto fundamento ou razão para decidir. Fundamentais aspectos daquela aplicação são, também, as razões dadas em favor da aplicação desses enunciados frente a outros potencialmente aplicáveis, a determinação de um particular significado dos mesmos frente a outras interpretações, a consideração de determinados factos como provados (alternativamente à apresentação de razões que levassem a dá-los como não provados) e como enquadráveis numa categoria jurídica (e não noutra), bem como a escolha de uma concreta consequência jurídica dentro das alternativas legais. Em todos estes contextos entram em jogo as diferentes teorias da argumentação, “estabelecendo modelos normativos acerca de quais devem ser as regras da argumentação racional”. Cfr. Victoria ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, p. 257.

⁹⁴² No campo da aplicação judicial (um campo de argumentação aplicativa em que se prolonga a actividade interpretativa) é possível distinguir argumentações relativas a questões de facto ou argumentações relativas às normas jurídicas. Mas não é possível separar escolasticamente estes dois campos argumentativos, sobretudo no que respeita à decisão prática que vai implicada na aplicação do Direito. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, pp. 100, 235. No mesmo sentido,

Referindo-se, em concreto, à necessidade/obrigatoriedade de motivação das opções assumidas em matéria de facto, Taruffo concorda com a ideia segundo a qual esta motivação cumpre uma essencial função de controlo da discricionariedade judicial, obrigando o juiz a justificar as suas escolhas, interna e publicamente, tornando possíveis um posterior juízo e sindicância das mesmas, no processo e fora dele⁹⁴³. Mas não deixam de ser também razoáveis os reparos a isto opostos por Segura Ortega, que vê na valoração da prova e na interpretação das normas a essência da argumentação jurídica. Nomeadamente no que toca à apreciação da prova, o autor considera quase impossível poder o juiz motivar suficientemente aquilo que constitui uma mera manifestação da sua íntima convicção a respeito dos factos. A partir daqui facilmente se compreende a existência de decisões não só diferentes como até contraditórias, na medida em que os conteúdos dessas decisões estão intimamente dependentes de factores que escapam às previsões normativas. A começar pela personalidade do juiz⁹⁴⁴. E isto, lamenta Alejandro Nieto, é o mais difícil de entender pelos justiciáveis e pelas partes, e aquilo que lhes faz perder a confiança na lei, “uma vez que têm a impressão – que lhes é confirmada pelo seu advogado – de que a sua causa (quase) se decide pelo acaso do número de juízo que lhes calhou e da personalidade do juiz que a vai resolver”⁹⁴⁵.

também Rafael de ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, *max. cap. II*. Observa o autor que, em Direito, a argumentação sobre os factos não se circunscreve exclusivamente ao momento do juízo de facto. “Neste fixam-se os factos, mas não se pode esquecer que o juízo de Direito se vai fazer a partir dos factos e «trabalhando» com eles”. Cfr. *ibidem*, p. 129. Relacionando a presença, na prática jurídica, de processos retóricos e argumentativos com a vagueza linguística, cfr., em geral, Maurizio MANZIN / Paolo SOMMAGGIO, eds., *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano Giuffrè, 2006, *max. Vittorio VILLA*, “L’ Interpretazione giuridica fra teorie del significato e teorie della verità”, pp. 117-132.

⁹⁴³ Cfr. Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 436.

⁹⁴⁴ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, p. 99. Mais uma vez se justifica a insistência de Haba na importância “da cabeça do juiz”: os verdadeiros motivos das suas decisões estarão, precisamente, naquilo de que não falam os textos jurídicos invocados. Cfr. Enrique Pedro HABA, *op.cit.*, p. 28. Concordando com a ideia segundo a qual o momento do juízo de facto constitui o momento do exercício do poder judicial por antonomásia, Asís Roig acrescenta que é precisamente no momento da reconstrução dos factos que o juiz é mais soberano, mais dificilmente controlável e, por isso mesmo, potencialmente mais arbitrário. Cfr. Rafael de ASÍS ROIG, *op.cit.*, p. 125.

⁹⁴⁵ Cfr. Alejandro NIETO, *Balada de la ley y de la Justicia*, *apud* Manuel SEGURA ORTEGA, *op.cit.*, pp. 99-100.

É curioso como temos a natural tendência para situar a concreta pertinência destas concepções retórico-argumentativas no domínio da actividade jurisprudencial. Pode que aí sejam mais visíveis certas estruturas de pensamento, mas, de facto, a própria teoria da legislação nos mostra a necessidade, que também nesse plano se faz sentir, de convencer os participantes da comunidade jurídica da bondade e da correcção das soluções encontradas⁹⁴⁶. E, para isso, são reclamados e mobilizados os devidos meios retóricos e argumentativos tendentes a esclarecer a natureza interpretativa e opcional das próprias disposições legislativas. Disposições que, assentando numa fundamental perspectiva da realidade social, do mundo circundante das relações humanas, das funções que à ordem jurídica e ao Direito são cometidas, não deixam de ser fruto de uma interpretação, subjectivamente mediada, desses mesmos elementos. Interpretação também determinada por uma fundamental intenção de justiça normativa. E se aqueles elementos constituem um acervo de conhecimentos, de preferências ideológicas e de escolhas éticas que, fruto de lentos e sucessivos processos de aculturação, se vão inequivocamente imprimir na letra legislativa de um povo, eles não são, no entanto, de molde a eliminar a margem de discricionariedade de que goza o legislador. Uma margem discricionária que exige do mesmo legislador um compromisso para com os usuários e os destinatários dessa lei: há que justificar argumentadamente as opções levadas a cabo também no plano legislativo⁹⁴⁷.

8. Disciplina legal da interpretação jurídica: reflexão crítica

E com isto, somos chegados a um ponto crucial da nossa investigação, que, por estranho que possa parecer, tem estado presente nas nossas reflexões desde o início da

⁹⁴⁶ Referindo-se à componente entimemática do discurso normativo, Angelo Costanzo aponta também para esta presença indefectível dos processos de argumentação em vários domínios da vida do Direito. Cfr. Angelo COSTANZO, *op.cit.*, pp. 4-5.

⁹⁴⁷ Sobre a necessidade de argumentar as opções legislativas, cfr. Luís Cabral de MONCADA, “Contributo para uma teoria da legislação”, Lisboa, separata da *Revista da Universidade Lusitana*, série Direito, n.º 2, 1998. Escrevendo sob o domínio de uma muito diferente concepção jurídica, com uma muito diferente perspectiva do fenómeno legislativo, cfr. Jeremy BENTHAM, *Nomografia o el arte de redactar leyes*, edición y estudio preliminar de Virgílio Zapatero, Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

mesma. Depois de tudo o que vai exposto, o que pensar do artigo 9.º do Código Civil português⁹⁴⁸? Menos concretamente, o que pensar da consagração formal de uma disciplina legal da interpretação jurídica?

Como se depreende da perspectiva adoptada ao longo destas páginas, a nossa não é uma análise que se prenda directamente com o sentido e conteúdo técnico-jurídico de cada um dos elementos interpretativos que a doutrina e a jurisprudência ao longo dos tempos foram depurando. Essa é, aliás, matéria habitualmente constante de qualquer manual de Introdução ao Direito⁹⁴⁹, pelo que nos escusamos aqui de, mais ou menos escolasticamente, apontar os habituais entendimentos e derivações das pautas em questão.

O que já nos interessa e compete, dadas as feições deste estudo, e dados os traços característicos que temos vindo a apontar ao pensamento e prática jurídicos ao longo das últimas décadas, é reflectir sobre a natureza destas regras e sobre as funções que lhes vão habitualmente cometidas.

Não nos restam quaisquer dúvidas quanto à natureza doutrinal e jurisprudencial destas regras interpretativas, cujo sentido e alcance, à semelhança do que sucede com as próprias regras positivas de direito substantivo, se vai re-definindo nos embates da vida judiciária. Isso mesmo é o que temos estado a ver. Eles próprios objecto necessário de interpretação, o modo como estes cânones se vão determinando, entre si se conjugando e assim ganhando contornos significativos, é fruto das necessidades concretas dos momentos de concretização aplicativa do Direito. Difícil é, desde logo, conceber o acréscimo determinativo que se pretende proporcionar com a sua consagração legal.

Muito daquilo que vai dito sobre a disciplina legal da matéria das fontes, dada a própria imbricação das questões, tem idêntica razão de ser ao tratarmos da interpretação.

⁹⁴⁸ Artigo 9.º que, sob a epígrafe *Interpretação da lei*, dispõe que: “1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

⁹⁴⁹ A bibliografia sobre a questão é realisticamente inabarcável, embora o tratamento mais aprofundado e complexo que alguns manuais dedicam à questão seja de referir. É o caso, entre nós, de Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, pp. 836 e ss.; António Castanheira NEVES, “A interpretação jurídica”, in *Polis*, vol. 3.º; Manuel de ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*.

Como acontece, de resto, com muito do que referimos a propósito do actual descrédito que vemos pairar sobre o modelo legalista.

O movimento codificatório oitocentista traz a consagração, por parte de alguns ordenamentos jurídicos de raiz continental, de disposições que procuram controlar, cerceando, a actividade interpretativa levada a cabo pelos juristas. De uma forma ou de outra, é o receituário savigniano, vertido nos tradicionais critérios da hermenêutica conceptual do século XIX, aquele que informa os conteúdos destes normativos. Entre letra da lei e espírito do legislador, com simpatias objectivistas ou antes subjectivistas, de pendor actualista ou pelo contrário historicista, mais ou menos reverente da *ratio legis* posta em evidência pela Jurisprudência dos Interesses, estes textos legais mostram uma clara intenção de fidelidade para com os valores burgueses da modernidade jurídica. Valores que, identificados com a certeza e segurança do Direito que vão implicadas na tendente uniformidade e objectividade de resultados, permanecem ainda hoje válidos. O que já não é tão incontestado é o sentido a atribuir a esses valores e são os específicos métodos através dos quais se procura realizar os mesmos.

Quando se pretende fazer essa segurança passar pela aplicação mais ou menos mecânica dos conteúdos quase sempre claros e objectivos que um legislador racional consagrou, é natural que se procure manter a tarefa hermenêutica do jurista nos estreitos limites que, pensa-se, lhe permitirão cumprir aquele percurso. E é natural também que o onnipotente legislador se sinta tentado, por um lado, e legitimado, por outro, a submeter os intérpretes à disciplina interpretativa que ele próprio tiver encontrado mais adequada à prossecução daquelas finalidades. O legislador, estadual, procura assim chamar a si as competências para prever todos os passos passíveis de ser dados ao longo do processo de construção e desenvolvimento do Direito. Nesse sentido, cunha preceitos específicos que, supostamente, nos dizem como devemos interpretar as regras legais. Isto, no suposto de que esta – a interpretação – é uma actividade fundamentalmente lógica, racional, capaz de conduzir a resultados inequívocos, desde que cumprido um determinado *iter*. As regras interpretativas terão precisamente o objectivo de preencher esse espaço, proporcionando ao intérprete a segurança de um percurso pré-definido. Com força de lei! É precisamente perante a existência de um quadro legal, que se impõe ao jurista no desempenho hermenêutico das suas funções, que somos assaltados por algumas dúvidas razoáveis. Estas pautas legais visam conduzir o intérprete em segurança ao longo da tarefa de atribuição de sentidos aos enunciados normativos do Direito. Mais especificamente, elas têm como objecto as regras legais, positivadas por

um legislador que é o mesmo que, além de nos dizer quais as fontes de Direito, identificadas, basicamente, com o seu (do legislador) produto, nos diz agora como devemos extrair das regras o seu verdadeiro sentido. Claro que tudo se complica a partir do momento em que reconhecemos que o Direito só ganha verdadeira existência nas suas aplicações constitutivamente normativas, edificando-se hermeneuticamente em sucessivas intersecções normativo-factuais. Assim sendo, qual o objecto sobre o qual irão actuar estas pautas de interpretação jurídica?⁹⁵⁰ Admitindo que o sentido não pode nunca ir previamente dado no texto legal – qual estátua no interior do bloco de mármore –, qual o real e efectivo valor destas disposições? A doutrina não só não é unânime, como, vamos vê-lo, chega a ser contraditória.

Essa mesma falta de consenso justifica as diferentes soluções que vão consagradas nos diversos países jurídico-culturalmente ocidentais, tendo vários destes optado, desde o início do movimento codificatório, pela rejeição de tal tipo de normativos. É o exemplo a todos os títulos paradigmático do Código Civil Napoleónico, que parece, com a redacção do artigo 4.º, deixar ao intérprete suficiente liberdade para “fixar racionalmente as regras de interpretação da lei”⁹⁵¹. O mesmo se poderá dizer do não menos exemplar, pela influência que exerceu em tantas legislações europeias, Código Civil alemão, em vigor desde 1900. Um código de cuja versão definitiva terão sido eliminados os dois primeiros parágrafos constantes do ante-projecto, consagrados à analogia, um, e à autoridade do costume, o outro⁹⁵². Já os legisladores espanhol e italiano optaram por contemplar no texto dos respectivos códigos civis disposições com o sentido de dirigir a actividade hermenêutica dos juristas, em homenagem a uma fundamental intenção de certeza e segurança jurídicas⁹⁵³. Apesar de, em 1867, o

⁹⁵⁰ Mais uma vez se recordam as pertinentes observações de Vallet de Goytisolo. Cfr. *supra*, p. 355, nota 940.

⁹⁵¹ Artigo 4.º: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. Cfr., também, François GÉNY, *op.cit.*, I vol. p. 254, nota 4.

⁹⁵² Cfr. *ibidem*, p. 224.

⁹⁵³ O Código Civil italiano, publicado em 1942, dispõe no seu artigo 12, sob a epígrafe de “Interpretazione della legge:

Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

primeiro Código Civil português não conter propriamente uma norma desta natureza⁹⁵⁴, essa foi também a opção tomada pelo legislador português de 1966 que, mais exuberante ainda do que os seus congéneres italiano e espanhol, consagra uma minuciosa e inovadora teoria sobre a interpretação das leis. O nosso artigo 9.º ficará talvez a ser, afirma José Hermano Saraiva, a mais longa, complicada e pormenorizada disposição que em qualquer Código Civil se poderá encontrar sobre esta matéria. E, acrescenta o autor, a mais infeliz de quantas inovações o Projecto nos traz⁹⁵⁵.

Mais uma vez o problema se nos afigura ser de forma, mais do que de conteúdo. Reconhecemos o valor e a eficácia destas pautas interpretativas, que permitem ao jurista encontrar alguma orientação no acidentado trajecto hermenêutico que constantemente se lhe impõe recorrer. Valor e eficácia naturalmente relativos, dadas as características tão

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”;

O Título Preliminar, em vigor desde 1974, do Código Civil espanhol, de 1889, dispõe no seu artigo 3:

“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

⁹⁵⁴ O que ressalta, desde logo, da leitura do mesmo, mas também dos trabalhos preparatórios apresentados por Manuel de Andrade relativamente ao actual Código Civil e também da apresentação por Antunes Varela do projecto do mesmo. As únicas disposições que no Código de Seabra se prendem com esta matéria são as do artigo 11.º e 16.º, mas em termos que, quanto a nós, não se podem vir a confundir com possíveis antecedentes do artigo 9.º do Código de 1966. Assim, dispõe o referido artigo 11.º que “(a) lei, que faz excepção às regras gerais, não pode ser aplicada a nenhuns casos que não sejam especificados na mesma lei”; o artigo 16.º vai reproduzido a pp. 234. Cfr. Manuel de ANDRADE, “Fontes de direito, vigência, interpretação e aplicação da lei”, pp. 150-151; Antunes VARELA, “Do Projecto ao Código Civil”, pp. 20-27. Temos assim alguma reserva em partilhar a posição de Oliveira Ascensão quando afirma que, ao contrário do consagrado em 1942 pela “Lei de Introdução” ao Código Civil brasileiro, o Código Civil português, “na esteira do Código Civil italiano e desde logo do Código de Seabra, contém regras sobre interpretação”. É certo que continha o Código de Seabra algumas regras no domínio da interpretação, mas não deixa de ser forçado ver nessas algum antecedente do artigo 9.º do Código de 1966. Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *op.cit.*, pp. 281.

⁹⁵⁵ Cfr. José Hermano SARAIVA, *op.cit.*, pp. 80, 82.

próprias da hermenêutica jurídica. Dada a inevitável intervenção, nos processos hermenêutico-decisórios e normativo-constitutivos do Direito, de uma consciência humana pensante. Que, apesar de se poder submeter a critérios que lhe orientem o caminho, e que de alguma forma lhe delimitem os sentidos últimos a determinar, de modo algum consegue automatizar as respostas que produz a partir dessa submissão. O Direito é sempre produto dos juristas. E nessa medida, se os cânones hermenêuticos efectivamente decantados pela doutrina e pela jurisprudência ao longo de séculos e séculos de experiência, com o correspondente benefício acrescido de uma cultura e ciência jurídicas em constante enriquecimento e estável transformação, representam para o intérprete-jurista um recurso precioso, o mesmo talvez não seja de dizer da disciplina legal da interpretação jurídica. Pelo menos se se esperar dela mais do que dos cânones hermenêutico-doutrinários. Será que, pelo facto de sobre eles o legislador se ter debruçado, a sua eficácia se vai ver melhorada? O intérprete é mais fiel à lei do que a toda a cultura e consciência jurídicas que suportam um regime hermenêutico de origem doutrinária e jurisprudencial?

Desde sempre se discutiu a natureza destes preceitos legais, por tradição integrados nos códigos civis, mas com uma amplitude consabidamente mais vasta. Serão eles verdadeiramente jurídicos? Terão um verdadeiro carácter imperativo, preceptivo, obrigando os seus destinatários a um escrupuloso cumprimento das suas directivas? Ou limitar-se-ão a fornecer uns débeis limites à actuação hermenêutica daqueles, que dentro dessas fronteiras, gozam ainda de razoáveis e inevitáveis margens discricionárias? A discussão sobre a natureza normativa e imperativa destes artigos sobre a interpretação jurídica foi andando mais ou menos de mãos dadas com o debate paralelo que se foi desenrolando a respeito das regras que regulavam as fontes do direito.⁹⁵⁶

“Trata-se de saber”, diz Gény, “se textos semelhantes (e, mais geralmente, aqueles que determinam as fontes ou regulamentam a interpretação do direito objectivo) se impõem ao intérprete, como se impõe, em princípio, toda a lei que fixe um ponto de direito subjectivo; de tal modo que deveríamos aí procurar uma direcção imperiosa e

⁹⁵⁶ Um debate que Tarello entendia dever reconduzir-se a cada ordem jurídica particular, pelo que as referências eventuais ao Direito comparado deveriam ter um valor meramente ilustrativo. Cfr. Giovanni TARELLO, *L' Interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 287 e ss.; Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ, *Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 121, nota 177.

obrigatória, para fixar as regras do método; - ou se, pelo contrário, poderíamos passar ao largo das injunções aí contidas e considerar-nos livres na procura de leis racionais de interpretação, não atribuindo aqui aos textos legais senão uma autoridade de razão, essencialmente discutível em si mesma⁹⁵⁷. Ainda que ponderando cuidadosamente as concretas alternativas propostas, aquilo que o autor claramente preceitua é a inutilidade e a inconveniência de regras positivas desta natureza. Questionando a competência da lei para determinar, com autoridade, a essência, o escalão e a força das fontes formais do direito positivo e para atribuir à interpretação uma direcção de que ela não possa escapar, Géný acaba por convir que um legislador reflectido se terá que mostrar sóbrio no atinente a semelhantes injunções. A reserva, nesse sentido, manifestada pelos legisladores francês e alemão merece-lhe uma expressa concordância⁹⁵⁸.

No mesmo sentido vão as observações apontadas por Ruggiero a este propósito. Para o autor italiano, não é missão do legislador o ditar normas interpretativas das leis, que devem, pelo contrário, ser dadas directamente pela doutrina e pela jurisprudência, às quais corresponde nas esferas científica e prática, respectivamente, elaborar o Direito e promover o seu desenvolvimento⁹⁵⁹. Quando o legislador o faz, como efectivamente acontece no ordenamento jurídico italiano, Ruggiero reconhece-lhes uma mera eficácia directiva, não sendo tais regras obrigatórias ou vinculativas para um juiz, e nessa medida praticamente carecendo de valor⁹⁶⁰. Admitindo que, na maior parte dos casos, estas regras hermenêuticas cunhadas pelo legislador acabam por reproduzir as doutriniais, vê-as como supérfluas, como supérflua é, e por isso mesmo se omite nos códigos, “a expressa manifestação da norma referente a que o juiz deve aplicar a lei, ou que esta deve ser por todos respeitada”⁹⁶¹. Mas situações haverá em que o legislador se afasta dos princípios hermenêuticos doutrinariamente consagrados, nomeadamente para determinar uma gradação nos meios e elementos a que o intérprete deve sucessivamente recorrer numa situação concreta⁹⁶².

⁹⁵⁷ Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, I vol., pp. 225-226.

⁹⁵⁸ De acordo, no fundo, com aquela livre investigação científica que propugna para o pensamento jurídico. Cfr. *ibidem*, pp. 223-224; 254, nota 4.

⁹⁵⁹ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *op.cit.*, p. 134.

⁹⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 135.

⁹⁶¹ Cfr. *ibidem*, p. 136.

⁹⁶² Cfr. *ibidem*, pp. 134-135.

De uma forma ou de outra, ao que estas regras não se podem nunca subtrair é à própria necessidade de interpretação de que carece qualquer uma das outras regras, razão pela qual Ruggiero entende não estar um ordenamento jurídico em condições de ditar regras precisas e absolutas de interpretação⁹⁶³. A verdade é que não é possível, observa, a um sistema de regras completo conter-se em poucos preceitos, sem que se produza o grave inconveniente (quando a esses preceitos se confira uma capacidade normativa, absoluta, da actividade do juiz) de “deter a evolução natural do direito se é verdade (e disso não se duvida) que esta se realiza mercê da interpretação”⁹⁶⁴. Por outro lado, é manifesta a desigual aplicação de cada um destes cânones, legais ou doutrinários, e o próprio sentido a atribuir a cada um deles, nos vários ramos do Direito⁹⁶⁵.

Reflectindo sobre a conveniência ou não, manifestada historicamente desde a época codificadora, da consagração legal destes preceitos, Pérez Alvarez defende que as primeiras críticas que em torno da questão se teceram não terão demasiada razão de ser perante, concretamente, o artigo 3.1 do Código Civil espanhol. Críticas que se dirigiam maioritariamente ao facto de os preceitos em causa, integrados nos primeiros códigos, visarem cercear o arbítrio judicial, ao receberem como pauta básica a submissão do juiz à letra da lei e ao vincularem a interpretação à *voluntas legislatoris*. Em causa estaria, pois, não propriamente a existência de regras legais sobre a interpretação, mas, sobretudo, o concreto conteúdo que lhes ia imputado. A isso se dirigiriam, nomeadamente, as objecções de Géný⁹⁶⁶.

Obedecendo o artigo 3.1 do Código Civil espanhol a um ciclo histórico posterior àquele, um ciclo em que superada vai já a desconfiança do legislador relativamente ao labor judicial, característica daqueles primeiros tempos de codificação, o seu texto não responde já àqueles objectivos, pelo que muitas daquelas objecções não se justificarão. Poderá ter o autor alguma razão, sobretudo em relação às razões aduzidas por Géný, mas que a maioria das objecções levantadas a propósito das primeiras codificações se

⁹⁶³ Reportando-se, precisamente, aos trabalhos de Ruggiero, Degni e Scialoja, todos no mesmo sentido, José Hermano Saraiva esclarece que a simples existência destas regras postularia o recurso aos critérios gerais da interpretação, já que, tal como qualquer outra norma, estas “também têm que ser interpretadas, tendo essa interpretação que se fazer à luz dos cânones hermenêuticos que a doutrina fornece, pois seria absurdo que tais regras, antes de esclarecido o seu sentido, se aplicassem a elas próprias”. Cfr. José Hermano SARAIVA, *op.cit.*, p. 80, nota 33.

⁹⁶⁴ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *op.cit.*, p. 135.

⁹⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 136.

⁹⁶⁶ Cfr. Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ, *op.cit.*, p. 64.

mantêm pertinentes (para as regras interpretativas constantes do Código Civil espanhol como para as contempladas pelo Código Civil português), admite-o o próprio, para tal recuperando a argumentação oferecida, entre outros, por Ruggiero ou por Degni⁹⁶⁷. Argumentação que diz respeito à impossibilidade, desde logo referida pelo primeiro, de submeter todas as normas aos mesmos critérios interpretativos, ou de acolher em alguns artigos da lei uma completa e complexa doutrina orgânica da interpretação. Uma doutrina que, pelo contrário, se entende dever ser directamente cometida à doutrina, propriamente dita, e à jurisprudência⁹⁶⁸. Em momentos posteriores, já fruto da experiência dos primeiros códigos, àqueles argumentos acrescem os que apontam a duvidosa natureza jurídica destas regras, mais próximas de meros cânones lógicos que servem apenas para guiar um processo de pensamento e não para regular a conduta humana⁹⁶⁹. Uma dúvida que se estende à própria obrigatoriedade de disposições desta natureza, a que na prática se acaba por reconhecer um valor muito relativo, na medida em que não impede o recurso a outros cânones em atenção específica à norma aplicável ou aos factos considerados.

Nenhum destes argumentos é, para Pérez Alvarez, definitivo para desaconselhar as normas reguladoras da interpretação das leis. Referindo-se em concreto à norma em causa do ordenamento espanhol⁹⁷⁰, redigida, segundo ele, a partir de critérios fundamentais para a interpretação das normas, induzidos pela jurisprudência e elaborados pela doutrina, admite a sua compatibilidade com a assunção de outros critérios ou métodos – não contemplados pela disciplina legal da interpretação - que

⁹⁶⁷ Cfr. Francesco DEGNI, *L' Interpretazioni della legge*, 2.^a ed., Napoli, 1909, *apud* Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ, *op.cit.*, pp. 76-77.

⁹⁶⁸ Argumentos que não deixam de estar presentes na crítica de Gény e que muito têm que ver, quer com uma concepção pluralista das fontes de Direito, quer com um entendimento muito realista da complexidade dos fenómenos interpretativos.

⁹⁶⁹ Cfr. *ibidem*, p. 122. Curiosamente, Gény afirmava a obrigatoriedade destas regras para o intérprete, desde que elas se reconduzisse a explicações, gerais e antecipadas, da concepção ou terminologia legislativa, de modo a completar, clarificando, os textos sob o seu domínio; mas já não no caso de elas conterem, por exemplo, preceitos de pura lógica. Seria o caso, citado por Gény, e por ele classificado como banal e de uma evidência quase vulgar, do artigo 11.º do nosso Código de Seabra, o mesmo que Dias Ferreira já considerara escolástico. ... Cfr. François GÉNY, *op.cit.*, p. 234; José Dias FERREIRA, *Código Civil Portuguez anotado*, p. 31. Cfr. *supra*, o texto do artigo referido, p. 361, nota 954.

⁹⁷⁰ Que o autor entende como tendo tido origem na norma correspondente do ordenamento jurídico português. Cfr. Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ, *op.cit.*, p. 78, nota 152.

tenham por objectivo desvelar o espírito da norma⁹⁷¹. No mesmo sentido, não vê nestas normas qualquer obstáculo ao livre jogo das particularidades que afectam certos ramos do direito ou determinados preceitos, pela própria abertura aos princípios gerais do direito e pela actuação do elemento sistemático. Já Torralba Soriano, citado por Pérez Alvarez, vê a questão sob um prisma diferente. Constatando a flexibilidade destas normas reguladoras, e a ampla margem de liberdade que deixam ao intérprete, considera-as inúteis. Esse o entendimento que tem, precisamente, do artigo n.º 3.1 do Código Civil espanhol, pela referência nele contida ao espírito e finalidade das normas, que legitima o recurso a qualquer meio de interpretação para lá dos previamente enumerados pelo preceito em questão⁹⁷². No fundo, aquilo que os autores vêm no artigo em questão não divergirá excessivamente: um, no entanto, continua a valorizar as vantagens de uma existência que o outro, pelo contrário, considera inútil.

O grande esteio teórico reclamado por aqueles que encontram na disciplina legal da interpretação jurídica mais vantagens do que desvantagens reporta-se habitualmente ao trabalho de Betti e à defesa que empreendeu da consagração de tais disposições por parte dos vários ordenamentos jurídicos. Para o autor italiano, a grande vantagem representada por esta disciplina “está no facto de circunscrever à mais estreita margem possível a incerteza e a incompletude da tarefa hermenêutica, evitando o perigo de uma indefinida pluralidade de interpretações diferentes, divergentes entre si”⁹⁷³. Estas são para o autor verdadeiras normas jurídicas imperativas, que ele considera, a par de outras disposições “sobre a lei em geral” tais como as regras destinadas a regular a

⁹⁷¹ Cfr. *ibidem*, p. 80. Reconhecendo não só que os critérios enumerados neste artigo não são todos os critérios passíveis de ser encontrados nos diversos discursos jurídicos e, em particular, nas decisões judiciais, Calvo García constata a ausência de critérios relacionados com a busca da norma jurídica aplicável ao caso e, em particular, daqueles relacionados com os problemas lógicos que a esse respeito se pode levantar. Para além disso, observando que o artigo 3.1 do Título Preliminar do Código Civil espanhol tentou recolher os critérios básicos da tradição hermenêutica científica, sem esquecer o redimensionamento dos mesmos introduzido em função do relevo entretanto assumido pelo elemento teleológico, Calvo García destaca a dificuldade que sempre haverá em determinar o sentido e alcance de cada um destes cânones. Cfr. Manuel CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2000, 2.ª ed., pp. 181-182.

⁹⁷² Cfr. Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ, *op.cit.*, p. 125.

⁹⁷³ Cfr. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 237.

competência normativa das várias fontes do direito e a sua hierarquia⁹⁷⁴, ou as normas destinadas a regular a vigência, a esfera de aplicação e os limites espácio-temporais das normas, como normas de segundo grau⁹⁷⁵. O fundamento da sua imperatividade vê-o Betti na correlação teleológica que entre elas, normas interpretativas, e regras que regulam os vários institutos, se vai desenvolver. Se a correcta aplicação dos preceitos depende de uma correcta apreensão do sentido dos mesmos, conclui-se que entre interpretação e aplicação, e entre as respectivas normas, passa uma correlação teleológica. Conclui-se igualmente que à obrigação jurídica de seguir aquilo que dispõe o preceito é correlativa e preliminar uma obrigação de entender e assim interpretar correctamente o próprio preceito⁹⁷⁶. Este vínculo justificaria, para o autor, a rejeição da natureza meramente técnica destas regras, que levasse a encará-las como meros critérios directivos, sem carácter preceptivo ou valor vinculante. A demonstrar o contrário, argumenta ainda Betti, estaria a relevante importância prática assumida pela interpretação no processo de determinação da norma jurídica para o caso controverso e na formulação autoritária do *quid iuris*. Esta importância reflectir-se-ia nas regras legais que disciplinam a actividade interpretativa⁹⁷⁷.

Não nos parece que colha esta argumentação. E afigura-se-nos, inclusivamente, que não só parece forçado este último argumento, como irrealistas os anteriores. Não é pela importância do momento interpretativo na determinação dos resultados jurídico-normativos práticos que somos levados a aceitar o carácter imperativo das regras legais que disciplinam a interpretação. Nem sequer a utilidade ou conveniência da sua existência. Como também não pode ser pelo facto de as normas terem que passar pelo crivo (criativo) do intérprete para poderem ser aplicadas, que reconhecemos a

⁹⁷⁴ A propósito destas normas, observa Betti que “não é de crer que esta matéria possa ser regulada de modo exaustivo através de normas explícitas, e seja de rejeitar, qual fruto da mentalidade abstracta inspirada no prejuízo normativístico do positivismo jurídico, o postulado de uma «norma» sobre a produção do direito”. Cfr. *ibidem*, p. 241.

⁹⁷⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 241-242.

⁹⁷⁶ Afirmando que a máxima de decisão pela qual o juiz resolve o caso concreto, resulta precisamente da síntese operada entre a interpretação e a disciplina substantiva do instituto a aplicar, Betti rejeita, no entanto, a perspectiva de Carnelutti que, para justificar o carácter preceptivo das normas de interpretação, defende que estas, ao fixarem o alcance da própria norma jurídica, passam a fazer parte dela, tornando-se simples proposições complementares das normas em que se inserem e perdendo qualquer relevo e valor autónomos que pudessem ter *de per se*. Cfr. *ibidem*, p. 241.

⁹⁷⁷ Cfr. *ibidem*, p. 237.

necessidade, preceptiva e imperativa, das mesmas regras. A norma concreta com que o juiz resolve a situação controvertida é fruto da síntese hermenêutica do texto legislado e das circunstâncias de facto em causa. Nessa medida, pode-se mesmo dizer que ela é fruto do intérprete, e que dela fazem parte os próprios critérios que conduziram à determinação do seu sentido e do seu alcance. Admitida vai, naturalmente, a essencialidade dos processos interpretativos para a própria existência do Direito. Mas daqui não decorre a necessidade ou conveniência de uma disciplina legal que regulamente esses mecanismos. Aliás, o próprio Betti observa, a certa altura, que as normas sobre a interpretação não impõem a conclusão concreta de um juízo lógico, apenas estabelecendo limites e critérios, principais ou subsidiários, dentro de cujo âmbito aquela conclusão é encontrada livremente⁹⁷⁸. Acrescenta ainda que, na prática, pode ser difícil controlar se as normas da interpretação foram ou não observadas, mas que, em qualquer dos casos, é um erro pensar que a redacção da motivação da sentença é completamente deixada ao arbítrio do magistrado⁹⁷⁹. Algo estranhamente, Betti parece aqui querer dizer que, não havendo regras legais que orientem o julgador, a alternativa é deixar as decisões sujeitas ao seu puro arbítrio⁹⁸⁰.

Ora, não é esta, em absoluto, a perspectiva de muitos daqueles que entendem não dever o legislador pronunciar-se sobre métodos de interpretação jurídica. O que estes censuram, para além daquela intromissão de competências, é a falta de realismo de posições que, partindo da existência daquelas regras, deduzem a possibilidade prática de uma estrita obediência às mesmas. Censuram de igual modo que autores que não deixam de reconhecer este valor relativo, continuem a defender a existência e pertinência desta disciplina legal. É curioso como o próprio Betti, para além de admitir que estas regras se limitam a estabelecer alguns limites e critérios dentro dos quais a solução é encontrada livremente, vem a reconhecer também que a tarefa da interpretação e a determinação dos critérios de interpretação para um direito em vigor

⁹⁷⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 248-249. Não deixa de ser sintomático o paralelismo que Betti traça entre a interpretação e a questão probatória, e respectivos regimes legais: precisamente os terrenos em que a actuação discricionária do intérprete se mostra de mais difícil sindicância. Cfr. *ibidem*, p. 236.

⁹⁷⁹ Cfr. *ibidem*, p. 249.

⁹⁸⁰ Esta não deixa de ser uma observação dissonante, por parte de um autor que considera inesgotável o processo de circulação que une a interpretação à legislação, numa obra que se atribui à doutrina e a jurisprudência, ou que, noutro passo, refere como duas fundamentais fontes do Direito a legislação e a interpretação, ambas produto da jurisprudência.

dão lugar a uma problemática tão complexa que seria uma ilusão acreditar que esses pudessem ser abraçados e contemplados de modo exaustivo por uma disciplina legal da actividade interpretativa. Disciplina que tem necessidade, ela própria – também Betti faz o reparo – de ser interpretada com recurso a cânones hermenêuticos que vão para lá dos por ela mesma fixados⁹⁸¹. Mas então, perguntamos nós mais uma vez, qual o valor destas disposições? Betti diz que elas traçam o quadro de critérios e princípios que delimitam a liberdade interpretativa do jurista, mas reconhece que para interpretar os próprios ele tem que sair necessariamente desse quadro. A isto nos referíamos antes, ao dizer que, no que toca ao entendimento relativo à disciplina legal da regulamentação da interpretação jurídica, a doutrina não só não é unânime como parece mesmo contraditória...

Já Zagrebelsky assinala as normas sobre a interpretação jurídica ditadas pelo legislador como exemplos do fracasso da pretensão de todo o direito positivo em estabelecer, ele próprio, as condições do seu alcance. Ao nunca terem conseguido alcançar o seu objectivo, elas mostram que a interpretação não depende da vontade do legislador que a pretende regular, mas antes o contrário, dada a simples razão de também esta vontade ter que ser interpretada⁹⁸². E esta é uma conclusão que não depende da formulação acabada com que cada ordenamento resolve legislativamente a questão. Não depende do facto de o legislador abrir mais ou menos as portas às finalidades da norma, ou ao espírito da mesma, ou, pelo contrário, por não permitir que se transcenda a letra dos textos, ou por remeter o sentido do texto para o contexto. De criação da lei, de aplicação ou simplesmente normativo. Não é a materialidade do preceito, ou dos preceitos, a que vai pela maior parte da doutrina contestada.

Em termos materiais, o nosso artigo 9.º parece até representar uma solução bastante equilibrada, em toda a sua prudente ambiguidade, no seio dos ordenamentos que consagram regras expressas sobre a interpretação⁹⁸³. Nos limites significativos permitidos pelo texto, é o pensamento legislativo que se deve reconstruir, evitando o

⁹⁸¹ Cfr. *ibidem*, p. 249.

⁹⁸² Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 135. Retenha-se a observação de Kriele, segundo a qual se tem “a impressão de que os esforços teóricos sobre os métodos têm algo de quixotesco”. Cfr. Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, *apud* Gustavo Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 135.

⁹⁸³ Uma ambiguidade que Paulo Ferreira da Cunha reputa de sábia, proporcionando ao intérprete um conjunto de possibilidades de leitura capazes de lhe deixar as mãos livres para fazer justiça. Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Memória, Método e Direito*, p. 81.

legislador comprometer-se com os antagonismos implicados na velha querela entre subjectivistas e objectivistas. Ainda que não tomando partido nesta histórica contenda, mostra alguma simpatia para com estes últimos nas presunções que estabelece no seu número 3: a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas, mais justas e razoáveis⁹⁸⁴ e a de que o legislador se soube exprimir adequadamente⁹⁸⁵. A referência à unidade do sistema jurídico abre as portas à mobilização do elemento sistemático. Concedendo espaço à chamada *occasio legis*, não se coíbe, ainda assim, de manifestar um certo pendor actualista, com a referência expressa que faz às circunstâncias específicas do tempo em que é aplicada. E precisamente a esta referência é possível reconduzir a consagração do elemento teleológico, tão relevante para a actual teoria da interpretação jurídica. Em comentário a este normativo, observa Dias Marques que a lei vigora enquanto emanção da vontade da comunidade política actual, que quer e garante a sua aplicação, e não como produto puramente histórico da comunidade que,

⁹⁸⁴ Cfr., v.g. João Baptista MACHADO, *op.cit.*, pp. 188-192. Na presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas vê Paulo Ferreira da Cunha a consubstanciação prática da aplicação de certos fundamentos hermenêuticos do Direito, nomeadamente o teleológico, o deontológico e o axiológico-normativo. Ou seja, estas soluções mais acertadas identificam-se, no fundo, com a Justiça do caso concreto, “sendo o *iter* metodológico para aí chegar – regulado pelas demais precauções dos diversos números deste artigo 9.º - matéria que não esgota, mas remete para o fundamento lógico-cognoscitivo”. Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *op.cit.*, p. 85.

⁹⁸⁵ Se a ordem tiver o relevo que lhe quer ver Hermano Saraiva, então o Código de 66 consagrou na lei portuguesa o subjectivismo histórico. “... sabe-se como a enunciação sucessiva tem sempre por efeito prático a aplicação sucessiva. Quando num mesmo artigo, se enunciam vários critérios, o intérprete utiliza-os sucessivamente, subordinando o recurso a cada um à prévia excussão do anterior. (...) e, neste caso, não se enganará quem interpretar esta enumeração sucessiva como traduzindo uma hierarquização de critérios. (...) Chegamos assim à conclusão, verdadeiramente chocante, de que em 1966, através da modificação de um texto que propunha a solução mais ousada, se consagrou na lei portuguesa o subjectivismo histórico”. Ou, como refere anteriormente, “o mais obsoleto e desacreditado dos métodos, que é o do subjectivismo histórico”. Cfr. José Hermano SARAIVA, *op.cit.*, pp. 108-109. Contra esse relevo, está o expresso comentário de Antunes Varela, um dos autores do projecto, no sentido de que “muito de caso pensado, nos ns. 1 e 2 do artigo 9.º, evitou-se falar na vontade do legislador ou na vontade da lei, para discretamente se referir apenas «o pensamento legislativo». Com o mesmo espírito de prudência se utilizou no n.º1 desse artigo uma expressão bastante vaga, o menos vinculativa possível («tendo sobretudo em conta»), para designar o valor que assumem no labor do intérprete as circunstâncias vigentes à data da elaboração da lei e as condições verificáveis ao tempo da sua aplicação, sendo certo ainda que nenhum significado especial possui a ordem por que são indicados esses dois factores”. J. Antunes VARELA, “Do Projecto ao Código Civil”, pp. 26-27.

no passado, a criou. E que, por isso mesmo, deve ser interpretada não só em função da sua inserção no sistema actualmente vigente (função actualizadora do elemento sistemático) como em função das finalidades que com a sua vigência actualmente se prosseguem⁹⁸⁶. No mesmo sentido, também para Oliveira Ascensão se pode inferir da atendibilidade às específicas condições do tempo em que a norma é aplicada, que a justificação social da lei é tida em conta como elemento da interpretação⁹⁸⁷.

Já Freitas do Amaral rejeita expressamente que o recurso ao elemento teleológico esteja contido em qualquer uma das referências constantes do artigo 9.º do código Civil. Essa, aliás, a mais significativa sugestão que se lhe oferece fazer no tocante a este preceito, no texto exortativo que nos tem vindo a servir de mote: é necessário introduzir nesta norma uma referência ao elemento teleológico⁹⁸⁸.

Mas, mais uma vez se afirma, não são estes concretos conteúdos, ou outros que o legislador poderia ter preferido ao regulamentar a questão da interpretação, aqueles que vão postos em causa. O verdadeiro problema, que diz respeito ao valor de um cânone metodológico legislativamente prescrito, é anterior a qualquer concretização do mesmo. Reside em determinações ontológicas, que informam e suportam as metodológicas e têm que ver com o próprio sentido com que hoje o Direito deve ser entendido. E, a verdade é que não podemos deixar de pressentir nas palavras que os brilhantes juristas por trás da redacção do artigo 9.º sobre ele nos deixaram, uma timidez e uma humildade que parecem indiciar algum desconforto pela consagração do normativo em causa.

⁹⁸⁶ Cfr. J. Dias MARQUES, *Código Civil, com notas, tabelas de correspondência, resenha, índice dos trabalhos preparatórios e índice ideográfico* por J. Dias Marques, Lisboa, Livraria Petrony, 1967, p. 6.

⁹⁸⁷ Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *op.cit.*, pp. 400-401.

⁹⁸⁸ Para além dessa recomendação, acrescenta a necessidade de uma referência ao princípio da interpretação conforme a Constituição, e censura o n. 2 do preceito em análise, segundo o qual “não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”, por entender que vale apenas para os casos mais simples de interpretação declarativa. Casos que, no entender de algumas franjas da doutrina, como vimos, nem sequer existem. Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *op.cit.*, p. 16-17. Ao princípio da interpretação conforme à Constituição, hoje acolhido por um grande número de constitucionalistas e não constitucionalistas, é dado particular destaque por Larenz, que reconhece que princípios elevados a nível constitucional, como a prevalência da dignidade da pessoa humana, a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, o princípio da igualdade, a ideia de Estado de Direito, têm que ser tidos em conta na interpretação da legislação ordinária e na concretização das cláusulas gerais. Cfr. Karl LARENZ, *op.cit.*, p. 479. Ainda que constituindo uma especificação importante, não deixa no entanto este critério hermenêutico de ter consagração no mais amplo entendimento do elemento sistemático.

Manuel de Andrade pode ser o responsável pelo ante-projecto que esteve na origem da actual redacção do artigo 9.º do Código Civil. Mas conhecemos as dúvidas e as hesitações que sobre o tema assaltaram toda a sua produção académica, que não se cingiram aos debates subjectivismo/objectivismo e historicismo/actualismo. Em dois planos distintos, podemos dizer que a sua reserva se dirigia, por um lado, aos conteúdos que imputava ao normativo em questão, mas também, por outro, à própria autonomização legislativa de uma disposição desta natureza. Assim é que, na exposição de motivos, faz questão de realçar a índole pouco inovadora dos conteúdos de que vai dotado o preceito em questão. Pouco inovadora face à doutrina tradicional da interpretação jurídica, que não perdia eficácia pelo facto de sobre alguns dos seus aspectos o legislador, “sem curar grandemente da sua origem doutrinária”⁹⁸⁹, fazer incidir a sua luz. “No artigo 9.º não se pretendeu marcar uma atitude inteiramente definida quanto ao método de interpretação a seguir, até mesmo para deixar campo livre para a actividade da doutrina, em problema de tanta complexidade e transcendência que perigoso seria tentar solucioná-lo duma vez para sempre. Só se pensou aqui em firmar umas tantas posições que pareceram bastante seguras, deixando ainda vago um espaço considerável, para a livre investigação dos doutos”⁹⁹⁰. Estas palavras, conjugadas com a inclinação claramente manifestada pelo autor no *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, pela preservação da autonomia do julgador na hora de procurar critérios hermenêuticos que fundamentassem as suas decisões interpretativas⁹⁹¹, deixam entrever a reserva com que o jurista talvez encarasse a consagração legal deste cânone

⁹⁸⁹ Cfr. J. Antunes VARELA, *op.cit.*, p. 26.

⁹⁹⁰ Cfr. Manuel de ANDRADE, “Fontes de Direito, vigência, interpretação e aplicação da lei”, p. 150.

⁹⁹¹ “Trata-se, pois, de estabelecer uma valoração comparativa, sob tal ponto de vista, entre aqueles diversos conteúdos legais possíveis. Ora, qual deverá ser o facto decisivo nesta apreciação? Onde encontrá-lo? A alternativa mais geral é a seguinte: ou esse factor será a própria mente do juiz, a sua consciência ou sentido dos valores jurídicos; ou será, pelo contrário, qualquer outro elemento, qualquer fonte externa e objectiva, como sejam, por exemplo e em especial, as concepções jurídicas que imperam na comunidade popular, ou na «camada cultural dirigente», ou nas classes ou grupos sociais particularmente interessados. Por onde optar? Já foi manifestada com suficiente clareza a nossa predilecção pela primeira doutrina, que autoriza o julgador a instituir desde logo uma valoração autónoma, sem ter que buscar fora de si o ideal jurídico a tomar em conta para os efeitos da interpretação”. Cfr. *idem*, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, pp. 99 e 100.

metodológico⁹⁹². Reserva, pelo menos, em admitir um seu valor normativo e imperativo. Se assim se entender, a mesma reserva vai igualmente expressa no comentário que Antunes Varela dirige ao assunto aquando da publicação do diploma: “colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjectivistas e objectivistas, a nova lei limitou-se a recolher uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente da sua origem doutrinária. Em tudo o mais, no dizer do Doutor Andrade, houve o propósito de deixar o «campo livre para a actividade da doutrina, em problema de tanta complexidade e transcendência que perigoso seria tentar solucioná-lo de uma vez para sempre»⁹⁹³.

⁹⁹² Ainda na exposição de motivos, Manuel de Andrade acrescenta, quanto ao artigo 9.º, que “não se quis tomar partido em toda a linha no velho pleito entre os objectivistas e os subjectivistas. Apenas se teve o propósito de combater, deixando aqui bem marcada a antipatia que inspiram ao legislador certos excessos de uma e de outra corrente”. Cfr. *idem*, “Fontes de Direito, vigência, interpretação e aplicação da lei”, p. 150. Hermano Saraiva sublinha a propriedade com que é aqui empregue o termo “velho”, pois já na altura em que é redigido o ante-projecto o pleito era antigo. Talvez mesmo findo. A fisionomia geral do problema da interpretação da lei é agora muito diferente de uma perspectiva que se pode dizer clássica. Ao tempo da publicação do novo Código Civil, “há uma tendência geral para contestar o valor das antigas distinções que constituíam o quadro formal do problema, tais como as que se estabeleciam entre interpretação e aplicação da lei, entre história e actualidade, entre interpretação e integração de lacunas, entre interpretação extensiva e aplicação analógica, entre vontade da lei e vontade do legislador, mesmo entre legislador e juiz. As próprias noções de lei e vida aparecem unificadas”. Na fase actual do problema da interpretação da lei, insiste o autor, as antigas antinomias não são sequer pensáveis. “Os «velhos pleitos» foram definitivamente removidos para os museus onde se recolhem troféus e despojos da atormentada história do pensamento jurídico. E o eco que tal questão encontra no Projecto do Código Civil incorre precisamente naquele risco que o legislador de 1944 denunciava e prevenia: amarra a lei futura a compromissos doutrinários que só se compreendem por referência a preocupações passadas”. Cfr. José Hermano SARAIVA, *op.cit.*, pp. 87-89; 96-104.

⁹⁹³ Continua Antunes Varela, referindo-se ao espírito de prudência que marcou a redacção dos ns. 1 e 2 do artigo 9.º, que consagrou a possibilidade de o intérprete recorrer indistintamente às circunstâncias vigentes no momento da elaboração da lei e ao tempo da sua aplicação: “Quanto às tais recomendações válidas para a grande generalidade dos casos, o código não deixa de consagrá-las, mas fá-lo com grande discrição (em termos mais moderados que o anteprojecto), nada dizendo sobre a forma de resolver o conflito entre os resultados práticos a que elas conduzam, e afirmando de modo claro que se trata de simples critérios ou directrizes de ordem geral. Dentro do mesmo contexto de ideias se explica, por fim, a eliminação do preceito que no projecto se referia ao valor dos trabalhos preparatórios, por se terem suscitado dúvidas sérias, que não era fácil esclarecer no texto da lei, acerca da forma como seriam fixados os limites da sua atendibilidade”. Isto é, sugerimos nós, a sua eventual mobilização por parte do julgador, como a mobilização, aliás, dos restantes cânones de interpretação, implicados ou não no texto da

A verdade é que não é apenas aquele “tudo o mais”, teoricamente para lá do compartimento também apenas teoricamente estanque daqueles princípios que constituem, no entender do jurista, aquisições definitivas da ciência jurídica, que deve ser deixado à doutrina e ao pensamento jurídico. Nenhum método de interpretação jurídica vale por si só⁹⁹⁴. A sua compreensão está definitivamente dependente de um contexto prático aplicativo, tal como qualquer hierarquização que entre os vários ao dispor se possa arquitectar⁹⁹⁵. E em última análise, as opções feitas estão dependentes do/a homem/mulher jurista e julgador/a, do estado de desenvolvimento da consciência jurídica do seu tempo, e constituirão, por isso mesmo, objecto de uma sindicância muito relativa. Sobretudo, como tão impressivamente destaca Ruggiero, “não há que esquecer nunca, quando se fala de regras de interpretação, sejam doutriniais ou legais, que não constituem nunca um sistema completo e infalível de normas cuja mecânica aplicação dê lugar quase automaticamente à descoberta do verdadeiro sentido da lei. O seu verdadeiro carácter e função é a de ser meros auxiliares, critérios gerais que devem servir de guia no processo lógico de investigação, porque tal investigação não se efectua com o uso exclusivo de uma série mais ou menos complexa de regras de hermenêutica, mas exige antes de mais uma clara e fina intuição do fenómeno jurídico, um profundo conhecimento de todo o organismo do Direito, da história das instituições e das condições de vida em que as relações jurídicas se produzem. É uma arte que não se pode ensinar nem é possível encerrar nos estreitos limites de um decálogo. Têm razão os adversários do método lógico tradicional quando negam que a interpretação se possa conter nuns quantos aforismos escolásticos. E é certo (...) que na interpretação há sempre algo de pessoal e de arbitrário, porque nenhum produto da inteligência se pode confinar nos estreitos limites de uns quantos preceitos fixos e invariáveis”⁹⁹⁶.

disposição legal, deverá ser feita de acordo com as concretas exigências aplicativas, e em obediência a critérios que não são susceptíveis de prévia determinação legal. Cfr. J. Antunes VARELA, *op.cit.*, p. 27.

⁹⁹⁴ Razão teria Kelsen, ao afirmar que todos os métodos são ideologias, e que as opções não procedem do Direito mas da política. Cfr. Hans KELSEN, *Teoria geral do Estado*, trad., Fernando de Miranda, Coimbra, Arménio Amado, Editor, 1938, pp. 31-33.

⁹⁹⁵ Castanheira Neves alerta para os riscos de a razão prática se reduzir à identificação com uma razão política, onde a racionalidade é já compromisso ideológico, já determinação estratégica de uma opção finalística. Cfr. António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, pp. 36 a 49. No mesmo sentido, Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, pp. 829-830, *max. nota* 61.

⁹⁹⁶ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *op.cit.*, p. 137.

Damos, por tudo isto, inteira razão a Fernando José Bronze, quando entende que o legislador, ao ter tomado a iniciativa de prescrever um cânone metodológico, cunhando disposições legais pretensamente reguladoras das recorrentes questões da interpretação jurídica e da integração de lacunas, assumiu um problema que não é de todo da sua regedoria, “usurpando uma tarefa de outrem e disciplinando-o em termos inconsonantes com o actual estado da arte”⁹⁹⁷.

Apesar de reconhecer que uma norma como a do artigo 9.º do Código Civil não pode ser comparável a uma outra que decida vinculativamente uma particular controvérsia jurídico-dogmática, Fernando José Bronze não conclui, ainda assim, pela sua inutilidade. O que acontece, observa, é que a *quaestio disputata* irá sempre estritamente determinada pelo modo como o pensamento jurídico – tomado como auditório argumentativo - considere o problemático sentido do direito, e, nomeadamente, o tipo de discurso implicado pela sua realização judicativo-decisória. E, sendo assim, a orientação legislativamente privilegiada valerá o que puder valer, quando confrontada com aquelas determinantes⁹⁹⁸. Mais recentemente, no entanto, vem o autor não só rejeitar essa utilidade como sugerir que preceitos como os dos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º do Código Civil venham a ser (des-)qualificados como orgânica e materialmente inconstitucionais. Organicamente inconstitucionais, por manifestarem um claro desvio das competências da instância que lhes deu vida⁹⁹⁹. Materialmente inconstitucionais, com mais razão de ser, por não se mostrarem os preceitos em causa em conformidade com dimensões estruturantes do Estado de Direito¹⁰⁰⁰,

⁹⁹⁷Cfr. Fernando José BRONZE, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, p. 83.

⁹⁹⁸ Cfr. *idem*, *Lições de Introdução ao Direito*, p. 829.

⁹⁹⁹ Um argumento a que Fernando José Bronze reconhece alguma debilidade face à actualmente reconhecida interdependência dos diversos poderes do Estado e das funções por estes tituladas. Face, de igual modo, ao facto de também o legislador fazer parte do “auditório argumentativo” ou da “comunidade científica” que constituem o pensamento jurídico. Cfr. *idem*, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, pp. 83-84.

¹⁰⁰⁰ Não esquecendo que, no entender do autor, só num autêntico Estado de Direito – aquele tipo de Estado em que o direito é, não simples limite formal ou instrumento funcional, mas verdadeiro fundamento material das diversas funções cometidas ao Estado, nomeadamente da função legislativa – só neste tipo de Estado é possível admitir que as coisas se passem assim. “Ou, numa diferente formulação: apenas se nos reconhecermos mutuamente como pessoas e, portanto, soubermos projectar nas instituições em que nos re-criamos as exigências axiológicas que auto-reflexivamente nos predicamos, se torna possível seguir estouta via discursiva”. Cfr. *ibidem*, pp. 81, 83-84.

“nomeadamente com dois dos seus mais nucleares corolários: o do reconhecimento da autonomia e do sentido, quer da normatividade jurídica, quer do específico pensamento chamado a assumir o problema da sua racionalizada realização judicativo-decisória (em virtude da consabida imbricação de ambos...)”¹⁰⁰¹.

Corolários que o são também daquele “actual estado da arte” que antes Fernando José Bronze invocara como fundamento da crítica dirigida à disciplina legal dos cânones metodológicos. Neste terreno, o da caracterização do “actual estado de ser do Direito”, se poderão humildemente integrar os magros subsídios que são fruto da nossa investigação. Subsídios que, consubstanciando um contributo mais na reconstituição daquela que entendemos ser a realidade jurídica actual, metodologicamente se cruzam com o repto lançado por Freitas do Amaral para reflectir sobre a necessidade de revisão dos dois primeiros capítulos do Título I da Parte Geral do Código Civil.

¹⁰⁰¹ Cfr. *ibidem*, p. 84.

CONCLUSÕES

I. Quanto a uma concepção hermenêutica e literária do Direito

1. Começamos o nosso estudo constatando o indiscutível protagonismo que, nas ciências humanas e sociais, o século XX reconheceu ao fenómeno linguístico. Um protagonismo que configurou, no seio da filosofia e da teoria do conhecimento em geral, uma verdadeira viragem linguística e interpretativa. Subjacente a esta, vimos estar o reconhecimento de uma fundamental mediação linguística, e da sua imprescindível dimensão criativa, na conformação da realidade e do próprio pensamento.

2. Mostrando a íntima dependência que existe entre a determinação de sentidos linguísticos e os concretos usos feitos dessa mesma linguagem, Ludwig Wittgenstein vem contribuir para consolidar a ideia de que cada domínio do saber (e do agir) se constrói sobre os particulares jogos linguísticos que informam e compõem esses mesmos domínios. Domínios que constituem, assim, particulares formas de vida ou particulares universos culturais.

3. Também a realidade jurídica se reconhece como uma específica forma de vida, construída e preservada a partir dos concretos jogos linguísticos que, em torno de registos linguísticos próprios, se vão desenvolvendo.

4. A possível, e sempre relativa, autonomização destes registos linguísticos face a uma linguagem que podemos dizer comum, levou-nos a analisar mais detalhadamente a constante intervenção, em diferentes instâncias de realização da juridicidade, de processos de tradução. Processos cuja complexidade, oscilando entre o necessário dever de fidelidade e o irreprimível impulso criativo, nos levaram a reconhecer o Direito como um fundamental terreno de intercompreensão e comunicação. Um terreno que, afirmando-se através da permanente leitura, transmissão e recriação de textos e de discursos intencionalmente normativos, se apresenta como segmento institucional de uma cultura estruturalmente linguística e interpretativa.

5. Esta natureza, que se vê essencialmente reforçada pela consideração da permanente indeterminação que potencialmente caracteriza a linguagem em geral, e a(s) linguagem(ns) do Direito, em especial, constitui motivação bastante para procurar

estabelecer afinidades entre os estudos jurídicos e os literários. Afinidades que se vão traçando aos mais distintos níveis, ao longo do último século, e que se vê ganharem maior ou menor autonomia no seio do movimento do Direito e Literatura que a partir delas se foi gerando.

6. De entre as linhas de investigação que esta interdisciplinaridade promoveu, várias se destacaram pela excelência dos resultados que permitiram alcançar. Sem menosprezar as evidentes virtudes pedagógicas de um Direito literariamente perspectivado, centrámos as nossas atenções nos aspectos mais caracteristicamente literários da constituição da realidade jurídica. Uma realidade em que as dimensões narrativa e retórico-argumentativa ganham, de dia para dia, um reconhecimento mais consensual e mais irrecusável. Os estudos desenvolvidos sob a égide de correntes como a jurisprudência narrativa ou o *legal storytelling* têm-nos mostrado a importância determinante que na prática judiciária assumem os modelos narrativos, enquanto categoria que permite organizar, conhecer e transmitir o conhecimento sobre a realidade em geral.

7. A análise narratológica do Direito judicial fomenta o reconhecimento por parte dos agentes envolvidos da natureza essencialmente construída das premissas que vão conduzir às decisões finais. Uma natureza acentuada pela mútua dependência que caracteriza os processos da determinação da matéria de facto e da matéria de direito. Ainda que esta narrativização do pragmatismo judicial transpareça, sobretudo, ao nível da primeira, ela não deixa de se imprimir na própria compreensão que, ao longo do *iter* processual, vamos construindo da ordem jurídica em si mesma.

8. Esta natureza contingente da determinação do material judicativo-normativo vai-se estender à caracterização das próprias decisões judiciais, que terão que ser conscientemente encaradas como fruto de ponderadas e informadas escolhas hermenêuticas por parte dos magistrados responsáveis. Aquilo que lhe subjaz vai, por outro lado, obrigar a uma problematização da tradicional noção de verdade judicial, agora realisticamente mediada por discursos de índole marcadamente retórica e argumentativa.

9. Uma caracterização do discurso jurídico que surge entrelaçada com esta perspectiva literária, tendencialmente interpretativista, é a que o vê como fruto de decisões essencialmente políticas, visando prosseguir a defesa dos interesses e ideologias mais caros a um poder instalado. A inclinação de muitos autores que partilham esta concepção vai no sentido de considerar o Direito como um terreno

propício ao exercício da violência. Uma perspectiva com a qual, de resto, mostrámos estar em desacordo.

10. Partilhando, desde o início, de uma concepção intimamente culturalista do Direito, constatámos também a inevitável permeabilidade da própria racionalidade e do actual sistema jurídico a uma invasiva cultura popular, dotada de uma lógica e de valores muito próprios, característicos de um competitivo mercado comunicacional em que tudo parece transaccionável. Uma permeabilidade que actua em dois sentidos, pois que não deixa de ser o universo da prática judiciária a constituir um dos principais motores dessa mesma cultura popular. O problema está no excesso dessa inevitável interpenetração, que ameaça desvirtuar não só a legitimidade e a autoridade do Direito como as próprias virtudes da prudência judicial.

II. Quanto às repercussões exercidas por uma concepção hermenêutica e literária do Direito sobre o problema das fontes e da interpretação jurídicas.

1. Os rumos que a nossa investigação foi seguindo, obrigaram-nos a uma recompreensão da normatividade jurídica vigente, precipitada pela revolução linguística e hermenêutica de que foi palco o século XX, pelo reconhecimento da participação insuperável e insubstituível da reflexão judicativo-decisória nos processos de permanente constituição do Direito, e pela reconversão da racionalidade jurídica tradicional numa racionalidade prática, eminentemente argumentativa e discursiva, polarizada na dialéctica jogada entre problema e sistema, entre o caso *decidendo* e o sistema jurídico.

2. Estes rumos levaram-nos a centrar a nossa reflexão sobre aquele que identificámos como sendo o verdadeiro eixo crítico de qualquer concepção jurídica: a problemática questão das fontes de juridicidade e dos modelos adoptados ao longo dos tempos para interpretação dessa juridicidade linguístico-discursivamente mediada.

3. Manifesta se tornou, desde logo, a discrepância entre a fidelidade (formal) ainda largamente manifestada por grande parte dos agentes envolvidos na prática judiciária em relação a modelos tradicionais e os interesses e preocupações

concretamente materiais que, de modo mais ou menos consciente, e mais ou menos publicamente reconhecido, acabam por dirigir a actuação desses mesmos agentes.

4. A reflexão a que procedemos sobre a teoria tradicional da interpretação jurídica, oitocentista, aquela que ainda hoje informa largamente a nossa disciplina legal, mostrou-nos a íntima relação de dependência existente entre esta teoria e o modelo de fontes de Direito consagrado pelo mesmo século XIX. Um modelo de fontes de que somos também, ainda hoje, fundamentalmente herdeiros, e que, identificando o Direito com a lei e esta com o exclusivo modo de legítima e autoritariamente criar Direito, rapidamente se fez associar a uma disciplina hermenêutica que garantisse o estrito cumprimento/realização daquele Direito previamente constituído.

5. Esta é, pois, uma disciplina que, partindo da clássica separação, intencional e metodológica, dos momentos da criação e da aplicação do direito, se afirma como actividade cognitiva, propondo-se reconstituir o pensamento do legislador inscrito nas leis e tratando de conhecer um Direito que se presume acabado. Uma disciplina que se mostra, assim, uma peça fundamental da engrenagem positivista da realização do Direito ou, noutros termos, do fundamental postulado de natureza política segundo o qual o Direito é obra do legislador.

6. Magistralmente trabalhada por Savigny, esta teoria clássica da interpretação jurídica vem a ser, paradoxalmente ou não, adoptada pelo legalismo francês do início do século XIX, que lhe vem a assegurar a visibilidade e a difusão que se pretendia ver alcançadas pelo próprio Código Napoleónico, principal obra legislativa que, por seu intermédio, se visa fazer aplicar.

7. A separação entre os momentos de criação e de aplicação do Direito, por outro lado, subjacente a este concreto modelo interpretativo, é pressuposta pela doutrina da divisão dos poderes, que tem no nascimento das modernas codificações a sua mais directa expressão.

8. Esta rigorosa separação, bem como a teoria interpretativa que a acompanha e a doutrina da divisão dos poderes que a pressupõe, fazem parte integrante de uma concepção que uma perspectiva hermenêutica e literária do Direito obriga a repensar. Aquilo que consideramos como fonte de Direito depende, ao mesmo tempo que a determina, da realidade que identificamos como Direito. Em causa está a nossa concepção do que seja o Direito. O modelo tradicional da interpretação jurídica confunde-se com o modelo tradicional de fontes do Direito, e muitas das limitações que hoje apontamos a ambas, como de resto ao correlativo entendimento da divisão de

poderes, revelam um liminar esquecimento das fundamentais dimensões hermenêuticas da realização da juridicidade.

9. Algo que já Gény havia pressentido, sem no entanto ter chegado a daí retirar todas as inferências que, no tocante à matéria das fontes e da interpretação jurídica, se impunham. Inferências que dizem também respeito à própria racionalidade jurídica que, se naquele modelo tradicional se mostrara lógico-formal e dedutivista, se transmuta agora numa racionalidade discursiva e argumentativa. Uma racionalidade que traduz a necessidade de reinventar clássicas (e ilusórias) noções de segurança e de controlo de uma actividade que sempre terá que assimilar o pressuposto da sua humanidade. E, logo, da sua natureza linguística/hermenêutica, por um lado, e discricionária, por outro. Uma racionalidade que sugere ainda a reformulação da ideia de positividade jurídica, de modo a com esta noção integrar as constitutivas modulações hermenêuticas resultantes do fundamental momento aplicativo.

10. Isto mesmo tivemos oportunidade de esclarecer através de uma breve apreciação da jurisprudência principialista de Josef Esser e do confronto que opôs a determinante textura aberta do Direito de Hart e a única solução correcta de Dworkin. Concepções e perspectivas que nos levaram a aprofundar as raízes hermenêuticas da experiência humana em geral, e do Direito em particular. Fizemo-lo, sobretudo, a partir dos trabalhos de Betti e de Gadamer.

11. As conclusões a que chegámos levaram-nos, em primeiro lugar, a reflectir sobre as implicações que toda uma nova mentalidade jurídica, toda uma nova forma de entender o Direito e a normatividade jurídica vigente, poderia vir a ter, não só ao nível do espectro de fontes admitido por um dado ordenamento jurídico – pelo nosso ordenamento jurídico -, mas, sobretudo, ao nível das prescrições legislativas assumidas em matéria de fontes de Direito. Constatámos que este reduto positivista, o da determinação legal das fontes de juridicidade, se encontra em clara desagregação face ao actual estado do pensamento e da ciência jurídicos, constituindo este, porventura, um dos domínios em que a actual crise da lei se tornou mais evidente.

12. Debruçando-nos, ainda que sumariamente, sobre os conteúdos das concretas prescrições legislativas que na nossa ordem jurídica regulam a matéria em questão, o objectivo da nossa análise cumpre-se com uma conclusão de suporte essencialmente formal: ao legislador, emérito responsável por uma concreta fonte de Direito e representante de uma histórica concepção jurídica hoje em clara entropia, não pode competir pronunciar-se sobre o valor ou vigência das fontes de Direito, em geral

(incluído o fruto pelo qual é responsável). Aconselhável parece ser, pois, perante a actual crise da lei e perante o actual sentido de autonomia da normatividade jurídica, eliminar os artigos em que no nosso ordenamento jurídico se verteceu esta disciplina, concretamente os artigos 1.º, 3.º e 4.º do Código Civil (uma vez que o artigo 2.º se encontra já revogado, ainda que por motivos absolutamente distintos daqueles que aqui invocamos).

13. A este propósito, tivemos também oportunidade de, momentaneamente, nos determos nas regras adoptadas pelo legislador em matéria de ausência de fontes jurídico-prescritivas, regras essas vertidas no artigo 11.º do Código Civil. Uma matéria, a da integração das lacunas da lei, tradicionalmente arrimada à questão da interpretação jurídica, e em que muito nitidamente se manifesta a incindibilidade desta duas matrizes metodológicas do Direito: a das fontes e a da interpretação. Aqui, uma vez mais, o produto legislativo se mostrou dissonante da realidade do Direito pensado e vivido, apontando esta para mais um conveniente silenciar da lei. Não para uma alteração do seu conteúdo programático, mas para uma não ingerência do legislador.

14. A partir daqui, as nossas disquisições levaram-nos, por caminhos vários, a ter que enfrentar as dificuldades despertadas pelo protagonismo hermenêutico na concretização constitutiva do Direito, a apreciar a particular natureza do fenómeno interpretativo e, através desta, a enfrentar a inadiável recuperação do papel desempenhado na realização do Direito por uma irrecusável margem de discricionariedade que ao julgador compete. Uma margem que se traduz no exercício lícito e necessário de “algum” arbítrio judicial.

15. O reconhecimento desta licitude e desta necessidade expõe, entre outras coisas, o carácter necessariamente inter-subjectivo e co-responsável da realização judicial do Direito, e supõe, por outro lado, a natureza essencialmente decisionística e argumentativa do discurso e da racionalidade judiciários. Os vários níveis em que esta natureza se vem a analisar suscitam um novo debate sobre os limites e sobre os controlos desta actividade judiciária.

16. Este, por seu turno, suscita o reacendimento, em moldes renovados, da discussão em torno da noção de método e de metodologias. A este propósito, contrastando métodos e metodologias, deparámo-nos, mais uma vez, com a inquietante presença do legislador em domínios que decididamente escapam, sempre, pelo menos parcialmente, ao seu domínio. E, mais uma vez, concordámos no entendimento que rejeita a pertinência desta ingerência.

Uma ingerência de que foi protagonista, uma vez mais, o legislador de 1966, ao verter no artigo 9.º do Código Civil uma minuciosa disciplina tendente a regulamentar a matéria da interpretação jurídica. Com o objectivo de garantir um maior controlo da actividade judicial, pela imposição legal de um itinerário judicativo-hermenêutico através do qual se pretendia (irrealisticamente) travar as competências interpretativas do julgador, desprezou o legislador a verdadeira natureza da hermenêutica judicial, enquanto arte que não se ensina, nem se encerra nos “estritos limites de um decálogo”, e em que sempre desponta algo de “pessoal e arbitrário”.

E aqui, mais uma vez, o nosso entendimento mostrou ser o de que uma adequada revisão do artigo 9.º do Código Civil, à luz de uma particular concepção hermenêutica e literária do Direito, deverá passar pela sua eliminação, deixando à doutrina o que é da doutrina e ao legislador o que eventualmente lhe pertencer.

17. Que muito lhe pertence, nos tempos modernos, é inegável. O alargamento da perspectiva à pluralidade de factores que condicionam o juiz não tem que implicar o reconhecimento de uma indiferença da jurisdição pela lei, mas convém que conduza a uma mais madura revisão desta ligação. Uma que reserve um espaço ao direito produzido pelo juiz em função, não só, mas também, dos textos da lei e que consinta ainda reafirmar, embora num contexto completamente transformado, as finalidades fundamentais a que obedece o postulado do vínculo à lei, ou seja, a certeza do direito, a igualdade de tratamento e a possibilidade de controlo da solução. Valores ainda hoje, seguramente, muito importantes¹⁰⁰².

18. Por outro lado, não se esconde que o carácter instrumental, ao serviço do poder, ou orientado por ele, eventualmente violento, do moderno direito positivo, pode levantar sérias dúvidas quanto à sua justiça, ou sobre as suas continuadas possibilidades de justiça. Afirma-o Marianne Constable, quem, numa obra extremamente inteligente e insinuante, procura iluminar o facto de o direito moderno, com a sua linguagem de sociologia e de poder, não reconhecer a sua dívida para com aquilo que não é passível de ser dito¹⁰⁰³. Para Constable, a justiça do direito moderno reside precisamente nos ostensivos silêncios do direito positivo. Reside, não nas afirmações das próprias regras, mas, por trás destas, nos silêncios em que essas afirmações se esgotam e em que, paradoxalmente, começa a correspondente acção e juízo. Esta viragem para os silêncios

¹⁰⁰² Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. 158.

¹⁰⁰³ Cfr. Marianne CONSTABLE, *Just Silences. The limits and possibilities of modern law*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 175, 177.

da lei positiva de que fala a autora, e que acaba por vir ao encontro das conclusões a que chegámos, sugere, para Constable, a possibilidade de estabelecer relações entre o direito e a justiça que não estão nem podem estar claramente articuladas na lei positiva, e que não existem enquanto realidades empíricas do estratégico poder social. Recusando relegar a justiça do Direito quer para o expressamente articulado pelo direito positivo, quer para realidades sociais empiricamente contingentes, o trabalho da autora revela uma multiplicidade de silêncios legais e de possíveis derivações para a justiça precisamente nos limites do direito positivo, “onde a linguagem do poder e o poder da linguagem se esgotam”¹⁰⁰⁴.

19. Para que se cumpra a fundamental intenção de justiça que preside ao Direito, é necessário ouvir os silêncios da lei. E em matéria de fontes de juridicidade e de interpretação jurídica, o apelo à justiça parece hoje reclamar o silêncio da lei.

¹⁰⁰⁴ Cfr. *ibidem*, p. 13.

BIBLIOGRAFIA GERAL

BIBLIOGRAFIA GERAL

- ABRAMS, Kathryn, "Hearing the call of stories", *California Law Review*, vol. 79, pp. 971 e ss., July, 1991.
- Ac. n.º 810/93 do Tribunal Constitucional, publicado e comentado em *POLIS*, n.º 1 – Outubro/Dezembro 1994, pp. 115-169.
- ACERO, J.J. / NICOLÁS, J.A / TAPIAS, J.A.P. / SÁEZ, L./ ZÚÑIGA, J.F., eds., *El legado de Gadamer*, Granada, Universidad de Granada, 2004.
- ACERO, Juan José / BUSTOS, Eduardo / QUESADA, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1982.
- AGAPITO SERRANO, Rafael, *Libertad y división de poderes: el "contenido esencial" del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Tecnos, 1989.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Lecciones de lógica jurídica*, Sevilla, Editorial MAD, 2000.
- ALEXY, Robert, "Interpretazione giuridica", in *Enciclopedia della scienze sociali*, vol. V, Roma, Treccani, 1996.
- *Theorie der Juristischen Argumentation*, tr. port. Zilda Hutchinson Schild Silva, *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, São Paulo, Editora Landy, 2001.
- El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997, 2.ª ed..
- ALMOG, Shulamit, "As I read, I weep – In praise of judicial narrative", *Oklahoma City University Law Review*, vol. 26, pp. 471 e ss., Summer 2001.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *El derecho civil en las obras de Cervantes*, Granada, Comares, 1987.
- AMARAL, Diogo Freitas do, "Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil", *Themis*, I., 1, 2000.
- AMSTERDAM, Anthony / BRUNER, Jerome, *Minding the Law. How courts rely on storytelling, and how their stories change the ways we understand the law – and ourselves*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.
- ANDRADE, Manuel D. de, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Coimbra, Arménio Amado – Editor sucessor, 1987.
- "Fontes de direito, vigência, interpretação e aplicação da lei", in *BMJ*, n. 102, 1961.
- ANDRESKI, Stanislav, *Social Sciences as sorcery?*, 1972, trad. fr. Anne et Claude Rivière, *Les sciences sociales. Sorcellerie des temps modernes?*, Paris, PUF, 1975.
- ANDRONICO, Alberto, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.
- ARISTODEMOU, Maria, *Law & Literature. Journeys from her to eternity*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

- ARISTÓTELES, *Retórica*, Introducción, traducción y notas de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Moral a Nicómaco*, trad. esp. Patricio Azcárate, Madrid, Colección Austral, 1999, 11.ª ed..
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, Coimbra, Almedina, 1995, 9.ª ed..
- ASCOLI, Max, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991.
- ASIMOV, Michael / MADER, Shannon, *Law and popular culture. A course book*, New York, Peter Lang, 2004.
- ASÍS ROIG, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, trad. port. Maria Cristina Guimarães Cupertino, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, São Paulo, Landy, 2002.
- ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ATRIA, Fernando, “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- AUSTIN, J.L., *How to do things with words*, Oxford, Oxford University Press, 1976, 2.ª ed..
- *Philosophical papers*, Oxford, Oxford University Press, 1985, 3.ª ed..
- BAKER, G., *Wittgenstein, Frege and the Vienna Circle*, Oxford, Blackwell, 1988.
- BALKIN, Jack M., “Deconstructive Practice and Legal Theory”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, pp. 743 e ss., 1987.
- “A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason”, in BROOKS, Peter / GEWIRTZ, Paul, eds., *Law’s Stories, Narrative and rhetoric in the law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- “Deconstruction, transcendent Justice”, *Michigan Law Review*, vol. 92, pp. 1131 e ss., 1994.
- BALLARD, Michel, *De Cicéron a Benjamin. Traducteurs, traductions, réflexions*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1992.
- BANDES, Susan, “Review essay: searching for worlds beyond the canon: narrative, rhetoric and legal change: Anthony Amsterdam and Jerome Bruner. Minding the law”, *Law & Social Inquiry*, vol. 28, pp. 271 e ss., Winter 2003.
- BARON, Jane / EPSTEIN, Julia, “Is law narrative?”, *Buffalo Law Review*, vol. 45, pp. 141 e ss., 1997.
- “Language Matters”, *The John Marshall Law Review*, vol. 34, pp. 163 e ss., Fall, 2000.
- BARONE, Francesco, *Il neopositivismo logico*, Roma-Bari, Laterza, 1977, 2 volumes.
- BARTHES Roland, “L’Ancienne rhétorique”, in *Oeuvres complètes*, t. II, Paris, Seuil, 1994.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- BENNETT, W. Lance / FELDMAN, Martha, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and judgement in American culture*, New Jersey, Rutgers University Press, 1981.

- BENTHAM, Jeremy, *Nomografia o el arte de redactar leyes*, edición y estudio preliminar de Virgilio Zapatero, Madrid, Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.
- BENVENISTE, Émile, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966.
- BERGEL, Jean-Louis, “Principal features and methods of codification”, *Louisiana Law Review*, vol. 48, pp. 1073 e ss., May 1988.
- *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001
- BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 2 volumes.
- *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè Editore, 1971, 2.^a ed..
- BINDER, Guyora / WEISBERG, Robert, *Literary Criticisms of Law*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000.
- BIX, Brian, *Law, language and legal determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- BLANCAFORT CALSAMIGLIA, Helena / TUSÓN VALLS, Amparo, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, Barcelona, Ariel, 2004, 3.^a ed..
- BLAUSTONE, Beryl, “Teaching evidence: storytelling in the classroom”, *American University Law Review*, vol. 41, pp. 453 e ss., 1992.
- BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, trad. de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.
- BREWER, Scott, “Exemplary reasoning: semantics, pragmatics and the rational force of legal argument by analogy”, *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 925 e ss., March, 1996.
- BRITO, José de Sousa e, “Da teoria da interpretação de Savigny e da sua influência”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 62, 1986.
- BRONZE, Fernando José, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Vol. II, A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- BROOKS, Peter / GEWIRTZ, Paul, eds., *Law’s Stories. Narrative and rhetoric in the law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- BROOKS, Peter, “«Inevitable discovery»- Law, narrative, retrospectivity”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 15, pp. 71 e ss., Winter, 2003.
- “Narrativity of the law”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 14, pp. 1 e ss., Spring, 2002.
- “The law as narrative and rhetoric”, in BROOKS P. / GEWIRTZ, P., *Law’s Stories. Narrative and rhetoric in the law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- BROWNE, Irving, *Law and Lawyers in Literature*, Littleton, Colorado, Fred Rothman & Co., 1982 (1^a ed. de 1883).
- BRUNER, Jerome, *Making Stories. Law, literature, life*. New York, Farrar, Straus and Giroux, 2002.

- BULYGIN, Eugenio, "Sobre las lagunas", in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- "Creación y aplicación del derecho", in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- "En defensa de El Dorado, Respuesta a Fernando Atria", in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BURGO y MARCHÁN, Ángel Martín del, *El lenguaje del derecho*, Barcelona, Bosch, 2000.
- CAENEGEM, R. C. VAN, *Introduction historique au droit privé*, trad. port. Carlos Eduardo Machado, *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo, Martins Fontes, 1995.
- CALASSO, Francesco, dir., *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958.
- CALVINO, Italo, *Perché leggere i classici*, trad. esp. Aurora Bernárdez, *Por que leer los clásicos*, Barcelona, Fabula Tusquets, 3.ª ed., 1999.
- CALVO GARCÍA, Manuel, ed., *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del seminario de Metodología Jurídica*, vol. I, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2000.
- *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.
- *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2000, 2.ª ed..
- CALVO GONZÁLEZ, José, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, Ariel, 1992.
- *La justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Ágora, 1996.
- *Derecho y narración*, Barcelona, Ariel, 1996.
- (coord.), *Verdad (Narración) Justicia*, Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, 1998.
- (coord.), *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, Málaga, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2006.
- "La fragilidad de los derechos", in CALVO GONZÁLEZ, José, coord., *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, Málaga, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2006.
- (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del derecho*, Granada, Comares, 2008.
- "Derecho y Literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional", in CALVO GONZÁLEZ, José, ed., *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del derecho*, Granada, Comares, 2008.
- "La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde una perspectiva narrativista del Derecho", in CALVO GONZÁLEZ, José, ed., *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del derecho*, Granada, Comares, 2008.
- CANAVAN, Marcia, "Using literature to teach legal writing", *Quinnipiac Law Review*, vol. 23, pp. 1 e ss., 2004.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968.
- CARDOZO, Benjamin Nathan, *Law and literature and other essays and addresses*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1931.
- *The nature of the judicial process*, New Haven and London, Yale University Press, 1991 (orig. 1921).

- CARRILHO, M.M., coord., *Retórica e comunicação*, Porto, Asa, 1994.
- CASALEGNO, P., *La filosofia del linguaggio*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1997.
- CASANOVAS, Pompeu / MORESO, José Juan, eds., *El ámbito del jurídico*, Barcelona, Crítica, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Editorial Reus, 2005.
- CASTRO, Manuel de Oliveira Chaves e, *Estudo sobre o artigo XVI do código civil portuguez e especialmente sobre o direito subsidiário civil portuguez*, Coimbra, 1871.
- CAUQUELIN, Anne, *Aristote. Le langage*, Paris, PUF, 1990.
- CAWS, Peter, *Structuralism. The art of the intelligible*, Atlantic Highlands, Humanities Press International, 1988.
- CERRI, Augusto, *Prolegomini ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005.
- CHARAUDEAU, Patrick / MAINGUENEAU, Dominique, *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Éditions du Seuil, 2002.
- CHORÃO, Mário Bigotte, *Introdução ao direito, Vol. I. O conceito de direito*, Coimbra, Almedina, 1994.
- CÍCERO, Marco Túlio, “Del mejor género de oradores”, in LÓPEZ GARCÍA, Dámaso, ed., *Teorías de la traducción*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996.
- CLAVERO, Bartolomé, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.
- CONESA, Francesco / NUBIOLA, Jaime, *Filosofía del lenguaje*, Barcelona, Herder, 1999.
- CONLEY, John / O'BARR, William, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998.
- CONSTABLE, Marianne, *Just Silences. The limits and possibilities of modern law*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, Madrid, Tecnos, 2005.
- COOK, Nancy, “Symposium on law, literature and the humanities. Outside the tradition: literature as legal scholarship: the call to stories. Speaking in and about stories”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 63, pp. 95 e ss., Fall, 1994.
- CORDEIRO, António Meneses, “Anotação” ao acórdão do Pleno do STJ, de 31 de Janeiro de 1996, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 56, 1996.
- COSSUTTA, Marco, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editori, 2005.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, 3.ª ed..
- COSTANZO, Angelo, *L' Argomentazione Giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003.
- COVER, Robert, “Nomos and narrative”, in MINOW, Martha / RYAN, Michael / SARAT, Austin, eds., *Narrative, violence and the law. The essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995.
- “Violence and the word”, in MINOW, Martha / RYAN, Michael / SARAT, Austin, eds., *Narrative, violence and the law. The essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995.
- *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. esp., Barcelona, Gedisa, 2002.

- CRISAFULLI, Vezio, “Fonti di diritto (diritto costituzionale)”, in CALASSO, Francesco, dir., *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958.
- CRUZ, Guilherme Braga da, *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra, separata da *Revista Portuguesa de História*, Tomo XIV, Homenagem ao Prof. Paulo Merêa, 1975.
- CRUZ, Sebastião, *Direito Romano, I. Introdução. Fontes*, Coimbra, 1973, 2.^a ed..
- CUETO RUA, Julio, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.
- CULP, David R., “Law School: a mortuary for poets and moral reason”, *Campbell Law Review*, vol. 16, pp. 61 e ss., Winter 1994.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Para uma história constitucional do direito português*, Coimbra, Almedina, 1995.
- *Memória, método e direito. Iniciação à metodologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 2004.
- *Direito Constitucional anotado*, Lisboa, Quid Juris?, 2008.
- CUNHA Paulo Ferreira da / SILVA, Joana Aguiar e / SOARES, António Lemos, *História do direito. Do direito romano à Constituição europeia*, Coimbra, Almedina, 2005.
- CUNHA, Paulo, “Do Código Civil (Meditações sobre a lei mais importante do País)”, *O Direito*, anos 106.º-119.º, 1974/1987, reproduzido de *O Direito*, ano 98 (1966), pp. 313 e ss., e ano 99 (1967).
- CUNNINGHAM, Clark D., “Symposium on law, literature and the humanities. Learning from law students: a Socratic approach to law and literature?”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 63, pp. 195 e ss., Fall, 1994.
- “The lawyer as translator. Representation as text: towards an ethnography of legal discourse”, *Cornell Law Review*, vol. 77, pp. 1298 e ss., 1992.
- DALLMAYR, Fred, “Hermeneutics and the rule of law”, in LEYH, Gregory, ed., *Legal Hermeneutics. History, theory and practice*, Berkeley, University of California Press, 1992.
- DANET, Brenda, “Language in the legal process”, *Law & Society review*, vol. 14, n.º 3, Spring 1980.
- DAVIES, Margaret, “Derrida and law: legitimate fictions”, in COHEN, Tom, ed., *Jacques Derrida and the humanities. A critical reader*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- DAVIS, Steven, *Pragmatics. A reader*, New York–Oxford, Oxford University Press, 1991.
- DELGADO, Richard / STEFANCIC, Jean, “Norms and narratives: can judges avoid serious moral error?”, *Texas Law Review*, vol. 69, pp. 1929 e ss., June 1991.
- DELGADO, Richard, “Legal storytelling: storytelling for oppositionists and others: a plea for narrative”, *Michigan Law Review*, vol. 87, pp. 2411 e ss., August 1989.
- DERRIDA, Jacques / VATTIMO, Gianni, dir., *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
- DERRIDA, Jacques, “Force de loi: le «fondement mystique de l’autorité»”, *Cardozo Law Review*, vol. 11, pp. 919 e ss., 1990.
- DERSHOWITZ, Alan, “Life Is Not a Dramatic Narrative”, in BROOKS, Peter / GEWIRTZ, Paul, eds., *Law’s Stories. Narrative and rhetoric in the law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- DESSONS, Gérard, *Émile Benveniste, l’invention du discours*, Paris, Éditions In Press, 2006.
- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, Instituto António Houaiss de Lexicografia Portugal, Temas e Debates, 2005.

- DIMOCK, Wai Chee, *Residues of Justice. Literature, law, philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1997.
- DOSSE, François, *Histoire du structuralisme*, Paris, La Découverte, 1992, 2 volumes.
- DUARTE, Écio Oto Ramos, *Teoria do discurso & correção normativa do Direito. Aproximação à metodologia discursiva do Direito*, São Paulo, Landy, 2004, 2.^a ed..
- DUBOIS, Jean e outros, *Dictionnaire de linguistique*, Paris, Larousse, 1973.
- DUCROT, Oswald / SCHAEFFER, Jean-Marie, *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Paris, Éditions du Seuil, 1995.
- DUNLOP, C.R.B., “Literature Studies in Law Schools”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 3, pp. 63 e ss., 1992.
- DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.
- Law’s empire*, trad. esp. Claudia Ferrari, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, 2.^a ed..
- *Taking rights seriously*, trad. fr. Marie-Jeanne Rossignol, Frédéric Limare, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995.
- “Is there really no right answer in hard cases?”, trad. espanhola de Maribel Narváez Mora, “Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?” in CASANOVAS, Pompeu / MORESO, José Juan, eds., *El ámbito del jurídico*, Barcelona, Crítica, 2000.
- ECO, Umberto, *Dizer quase a mesma coisa sobre a tradução*, Lisboa, Difel, 2005.
- *Os limites da interpretação*, Lisboa, Difel, 1990.
- ELKINS, James, “A law culture diagnostic”, *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 8 (1), 2001.
- EMERSON, Ralph Waldo, “The Poet”, incluído em “Essays, Second Series”, in *Selected Essays*, New York, Penguin Classics, 1844.
- Enciclopedia de la Filosofía*, Barcelona, Garzanti Editore, 1992.
- ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 1956, trad. port. J. Baptista Machado, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 8.^a ed..
- ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de derecho civil (Parte general)*, vol. I, 13.^a revisión por Hans Carl Nipperdey, trad. esp. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1953.
- ESCANDELL, M. Victoria, *Introducción a la pragmática*, Barcelona, Ariel, 2006, 2.^a ed..
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, trad. esp. Eduardo Valentí Fiol, *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961.
- “La interpretación”, correspondendo integralmente ao capítulo V do seu livro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. (Precompreensão y elección de método en el hallazgo del derecho aplicable)*, de 1970, trad. esp. Marcelino Rodríguez Molinero, in *Anuario de Filosofía del derecho*, tomo III, 1986, série 1.^a, n.º4.
- EWALD, François (dir.), *Naissance du code civil. La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 2004.

- EWICK, Patricia / SILBEY, Susan, *The common place of law. Stories from everyday life*, Chicago and London, Chicago University Press, 1998.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- FANN, K.T., *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, trad. esp. Miguel Ángel Beltrán, Madrid, Editorial Tecnos, 1992, 2.º ed..
- FARBER, Daniel / SHERRY, Suzanna, “Legal storytelling and constitutional law”, in BROOKS, Peter / GEWIRTZ, Paul, eds., *Law’s Stories. Narrative and rhetoric in the law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- FEHR, Johannes, *Saussure entre linguistique et sémiologie*, Paris, PUF, 2000.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992.
- FERRARIS, Maurizio, *Storia dell’ermeneutica*, Milano, Studi Bompiani, 1988.
- FERREIRA, José Dias, *Código Civil Portuguez anotado*, vol. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1870.
- FISH, Stanley, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982, 2nd pr..
- “Fish v. Fiss”, in LEVINSON, Sanford / MAILLOUX, Steven, eds., *Interpreting Law and Literature*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1991, 3rd pr..
- *Doing What Comes Naturally*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, in Lenora LEDWON, *Law and literature. Text and theory*, New York, Garland Publishing, 1996.
- FISS, Owen, “Objectivity and interpretation”, in LEVINSON, Sanford / MAILLOUX, Steven, eds., *Interpreting Law and Literature. A hermeneutic reader*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1991, 3rd pr..
- FITZPATRICK, Peter, “«The damned word»: culture and its (in)compatibility with law”, *Law, Culture and the Humanities*, I, 1, 2005.
- FRANÇA, R. Limongi, “Das formas de expressão do direito”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, III, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º especial, 1991.
- FRANK, Jerome, *Courts on trial. Myth and reality in american justice*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1973.
- FREGÉ, Gottlob, *Estudios sobre semántica*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FREI, Charlotte, *Tradução e recepção literárias: o projecto do tradutor*, Braga, Universidade do Minho – Centro de Estudos Humanísticos, 2002.
- FROSINI, Vittorio, *La lettera e lo spirito della legge*, 1995, trad. esp. Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel, 1995.
- *Lezioni di teoria dell’interpretazione giuridica*, 1989, trad. esp. Jaime Restrepo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1991.
- FUMAROLI, Marc, dir., *Histoire de la rhétorique dans l’ Europe moderne*, Paris, PUF, 1999.

- GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, trad.esp. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1977.
- GARAVELLI, Bice Mortara, *Manuale di retorica*, Milano, Studi Bompiani, 1988.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto / LAPORTA, Francisco, eds., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, vol. 11 da *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 1996.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 2.ªed..
- GEHRING, Petra, “Force and the mystical foundation of law: how Jacques Derrida addresses legal discourse”, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=545>.
- GENETTE, Gérard, *Mimologiques. Voyage en Cratylie*, Paris, Seuil, 1976.
- GENOVESE, Eugene, “Critical legal studies as radical politics and world view”, in LEONARD, Jerry D., ed., *Legal studies as cultural studies. A reader in (post) modern critical theory*, Albany, State University of New York Press, 1995.
- GENTZLER, Edwin, *Contemporary translation theories*, London, Routledge, 1993.
- GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1919, 2 volumes.
- GEWIRTZ, Paul, “Narrative and Rhetoric in the Law” in BROOKS, P. / GEWIRTZ, P., *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- GIBBONS, John, ed., *Language and the law*, London, Longman, 1994.
- *Forensic Linguistics. An introduction to language in the judicial system*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- GILISSEN, John, *Introdução histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.ª ed..
- GILKERSON, Christopher “Theoretics of practice: the integration of progressive thought and action. Poverty law narratives: the critical practice and theory of receiving and translating client stories”, *Hastings Law Journal*, vol. 43, pp. 861 e ss., April, 1992.
- GOLDING, Martin P., *Legal Reasoning*, Ontario, Broadview Press, 2001.
- GÓMEZ RAMOS, Antonio, *Entre las líneas. Gadamer y la pertinencia de traducir*, Madrid, Visor, 2000.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *Ineficacia, anomía y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GOODRICH, Peter, *The Languages of Law. From logics of memory to nomadic masks*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1990.
- “Sleeping with the enemy: an essay on the politics of critical legal studies in America”, in LEONARD, Jerry D., ed., *Legal studies as cultural studies. A reader in (post) modern critical theory*, Albany, State University of New York Press, 1995.
- “Law by other means”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, pp. 111 e ss., Winter, 1998.
- GORDON, Robert, “Critical Legal Studies Symposium: Critical Legal Stories”, *Stanford Law Review*, vol. 36, pp. 57 e ss., January 1984.

- GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie du droit de Montesquieu*, préface de Jean Carbonnier, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1979, 2.^a ed..
- GRAY, John Chipman, *The nature and the sources of the Law*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1972.
- GRICE, H. P., *Studies in the way of words*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989.
- GRIFFERO, Tonino, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1988.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- *Mitologie giuridiche della modernità*, 2003, trad. esp. Manuel Martínez Neira, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- GUASTINI, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. esp. Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo, “Fuentes del derecho”, in GARZÓN VALDÉS, Ernesto / LAPORTA, Francisco, eds., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, vol. 11 da *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 1996.
- HABA, Enrique Pedro, *Metodología Jurídica Irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales (a contrapelo de las fabulaciones dominantes en la más actual teoría del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2006.
- HAGLEY, Judith, “When law goes pop”. Review, http://writ.news.findlaw.com/books/reviews/20000822_hagley.html.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.
- HANAFIN, Patrick / GEAREY, Adam / BROOKER, Joseph, eds., *Law and Literature*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004.
- HART, Herbert L.A., *The Concept of Law*, 1961, trad.port. A. Ribeiro Mendes, *O conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.^a ed., com um *Pós-escrito* editado por Penélope Bulloch e Joseph Raz, “O Positivismo Moderado”.
- HASNAS, John, “Back to the future: from Critical Legal Studies forward to legal realism, or how not to miss the point of the indeterminacy argument”, *Duke Law Journal*, vol. 45, pp. 84 e ss., October, 1995.
- HASSEMER, Winfred, “Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei”, in KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. (org.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1994, trad. port. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- HEALD, Paul, ed., *Literature and legal problem solving. Law and literature as ethical discourse*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1998.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, J.A. / GARCÍA TEJERA, M.C., *Historia breve de la retórica*, Madrid, Síntesis, 1994.
- HIERRO S. PESCADOR, José, *Principios de filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza, 1980-1982, 2 volumes.
- HILEY, D. / BOHMAN, J. / SHUSTERMAN, R., eds., *The interpretative turn*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1991.
- HOBBS, Thomas, *Leviatã*, Lisboa, Nacional Casa da Moeda, 2002, 3.^a ed..

- HOOFT, H.P. Visser't, "La philosophie du langage ordinaire et le droit", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome XVII.
- HORN, L. R. / WARD, G., eds., *The handbook of pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2003.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português. Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 2007, 4.ª reimp. da ed. de 1992.
- HOY, David Couzens, "Intentions and the Law: defending Hermeneutics", in Gregory LEYH, *Legal Hermeneutics. History, theory and practice*, Berkeley, University of California Press, 1992.
- HUNTER, Dan, "Reason is too large: analogy and precedent in law", *Emory Law Journal*, vol. 50, pp. 1197 e ss., Fall 2001.
- HURTADO ALBIR, Amparo, *La notion de fidélité en traduction*, Paris, Didier Érudition, 1990.
- IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, 4.ª ed..
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989.
- *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- JACKSON, Bernard, *Law, fact and narrative coherence*, Liverpool. Deborah Charles Publications, 1988.
- "Interpretation as Professional Practice", *International Journal for the Semiotics of Law* IV/10, 1991.
- *Making Sense in Law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995.
- "Analogy in the legal science: some comparative observations", in NERHOT, Patrick, ed., *Legal Knowledge and analogy. Fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1991.
- JACOB, Bernard, "Book Review: ancient rhetoric, modern legal thought, and politics: a review essay on the translation of Viehweg's *Topics and Law*", *Northwestern University Law Review*, vol. 89, pp. 1622 e ss., 1995.
- JAKOBSON, Roman, "Sobre los aspectos lingüísticos de la traducción", in LÓPEZ GARCÍA, Dámaso, ed., *Teorías de la traducción*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996.
- JANIK, Allan / TOULMIN, Stephen, *Wittgenstein's Vienna*, trad. esp. Ignacio Gómez de Liaño, *La Viena de Wittgenstein*, Madrid, Taurus, 1983.
- JOSEPH, Paul, "Law and popular culture: introduction", *Nova Law Review*, vol. 24, pp. 527 e ss., Winter 2000.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- KATCHI, António, *Dicionário da parte geral do código civil português*, Coimbra, Almedina, 2004.
- KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. (org.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1994, trad. port. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoria geral do Estado*, trad., Fernando de Miranda, Coimbra, Arménio Amado, Editor, 1938.
- *Reine Rechtslehre*, trad. J. Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Arménio Amado, 1984.

- KENNEDY, David, "Critical theory, structuralism and contemporary legal scholarship", *New England Law Review*, vol. 21, pp. 209 e ss., 1985-1986.
- KENNY, A., *Introducción a Frege*, Madrid, Cátedra, 1997.
- LAFONT, Cristina, *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1999.
- LAMEGO, José, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa, Fragmentos, 1990.
- LANDSMAN, Stephan, "The perils of courtroom stories", *Michigan Law Review*, vol. 98, pp. 2154 e ss., May, 2000.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, trad. José Lamego, *Metodologia da ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.^a ed..
- LARSON, Jane E., "«A good story» and «the real story»", *John Marshall Law Review*, vol. 34, pp. 181 e ss., Fall, 2000.
- LARUE, L.H., *Constitutional law as fiction. Narrative in the rhetoric of authority*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1995.
- LEDWON, Lenora, *Law and literature. Text and theory*, New York, Garland Publishing, 1996.
- "The poetics of evidence: some applications from Law & Literature", *Quinnipiac Law Review*, vol. 21, pp. 1145 e ss., 2003.
- LEONARD, Jerry D., ed., *Legal studies as cultural studies. A reader in (post) modern critical theory*, Albany, State University of New York Press, 1995.
- LEPORE, Ernie / SMITH, Barry C., eds., *The Oxford handbook of philosophy of language*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- LEVI, Judith / WALKER, Anne Graffam, eds., *Language in the judicial process*, New York and London, Plenum Press, 1990.
- LEVINSON, Sanford / MAILLOUX, Steven, eds., *Interpreting law and literature. A hermeneutic reader*, Evanston Illinois, Northwestern University Press, 1991, 3rd pr..
- LEVINSON, Sanford, "Book review. Conversing about justice. Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism. By James Boyd White", *Yale Law Review*, vol. 100, pp. 1855 e ss., 1991.
- LEVINSON, Stephen, *Pragmatics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- LEWANDOWSKI, Theodor, *Diccionario de Lingüística*, Madrid, Cátedra, 1982.
- LEYH, Gregory, ed., *Legal Hermeneutics. History, theory and practice*, Berkeley, University of California Press, 1992.
- LINHARES, José Manuel Aroso, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de "passagem" nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- LLEDÓ, Emilio, *Filosofía y lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1995.
- LÓPEZ GARCÍA, Dámaso, ed., *Teorías de la traducción*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996.
- LUZZATI, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999;
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- MACEIRAS FAFIÁN, Manuel, *Metamorfosis del lenguaje*, Madrid, Editorial Síntesis, 2002.

- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1995.
- MACLEAN, Roberto G., “Judicial discretion in the civil law”, *Louisiana Law Review*, vol. 43, pp. 45 e ss., September 1982.
- MAINGUENEAU, Dominique, *Le discours littéraire. Paratopie et scène d'énonciation*, Paris, A. Colin, 2004.
- MALATO, Maria Luísa / CUNHA, Paulo Ferreira da, *Manual de retórica e direito*, Lisboa, Quid juris, 2007.
- MANIGLIER, Patrice, *La vie énigmatique des signes. Saussure et la naissance du structuralisme*, Paris, Éditions Lés Scheer, 2006.
- MANZIN, Maurizio / SOMMAGGIO, Paolo, eds., *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- MARCHESE, Angelo / FORRADELLAS, Joaquín, *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, Barcelona, Ariel, 1994, 4.^a ed..
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- MARÍN CASTÁN, M., “La teoría de las fuentes en la cultura jurídica”, in PUY MUÑOZ, Francisco *et al.*, *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid, Colex, 1999.
- MARKESINIS, Basil, “Two hundred years of a famous code: what should we be celebrating?”, *Texas International Law Journal*, vol. 39, pp. 561 e ss., Summer, 2004.
- MARMOR, Andrei, *Law and interpretation. Essays in legal philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- MARQUES, J. Dias, *Código Civil, com nótulas, tabelas de correspondência, resenha, índice dos trabalhos preparatórios e índice ideográfico* por J. Dias Marques, Lisboa, Imprensa Livraria Petrony, 1967.
- MARQUES, Mário Reis, *O Liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra, Separata do volume XXIX do suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987.
- *História do direito português medieval e moderno*, Coimbra, Almedina, 2002.
- *Codificação e paradigmas da Modernidade*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2003.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Manuel, “La compleja identidad del léxico jurídico”, *Estudios de Lingüística*. Universidad de Alicante, n.º 18, 2004.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Madrid, Dykynson, 1999.
- MAYNARD, Douglas, “Narratives and narrative structure in plea bargaining”, in PAPKE, David Ray, *Narrative and the legal discourse. A reader in storytelling and the law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1991.
- MELLINKOFF, David, *The language of the law*, Little, Brown and Company, 1963; Eugene, Oregon, Wipf and Stock Publishers, 2004 (reimpressão).
- MELO, António M. Barbosa de, *Sobre o problema da competência para assentar*, Coimbra, polic., 1988.
- MEYER, Michel, “As bases da retórica” in M.M.CARRILHO, coord., *Retórica e comunicação*, Porto, Asa, 1994.

- MEZEY, Naomi, “Approaches to the cultural study of law: law as culture”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 13, pp. 225 e ss., Winter, 2002.
- MICHEL, Alain, “La rhétorique, sa vocation et ses problèmes: sources antiques et médiévales”, in FUMAROLI, Marc, dir., *Histoire de la rhétorique dans l’Europe moderne*, Paris, PUF, 1999.
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 1971, trad. fr. Olivier Jouanjan, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, PUF, 1996.
- MILNER, Jean-Claude, *Le périple structural. Figures et paradigmes*, Paris, Seuil, 2002.
- MINC, Alain, *Le nouveau moyen âge*, Paris, Gallimard, 1993.
- MINDA, Gary, “One hundred years of modern legal thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag”, *Indiana Law Review*, vol. 28, pp. 353 e ss, 1995.
- *Postmodern legal movements. Law and jurisprudence at century’s end*, 1995, trad. it. Cristina Colli, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- MINOW Martha / RYAN, Michael / SARAT, Austin, eds., *Narrative, violence and the law. The essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995.
- MIRANDA FERREIRO, Marta, *Lenguaje y realidad en Wittgenstein: una confrontación con Tomás de Aquino*, Roma, Università della Santa Croce, 2003.
- MONCADA, Luís Cabral de, “Contributo para uma teoria da legislação”, Lisboa, separata da *Revista da Universidade Lusíada*, série Direito, n.º 2, 1998.
- *Lições de Direito civil*, Coimbra, Almedina, 1995, 4.ª ed..
- MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Paris, Éditions Garnier Frères, 1973, 2 volumes.
- MORAWETZ, Thomas, “Law and Literature”, in PATTERSON, Dennis, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge, Mass., Blackwell Publishers, 1996.
- MORESO I MATEOS, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006.
- MORESO, Juan José, “Lenguaje jurídico”, in GARZÓN VALDÉS, Ernesto / LAPORTA, Francisco, eds., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, vol. 11 da *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 1996.
- MOUNIN, Georges, *Les belles infidèles*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1994.
- MUGUERZA, Javier, ed., *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1974, 2 volumes.
- MURA, Gaspare, *Ermeneutica e verità. Storia e problemi della filosofia dell’interpretazione*, Roma, Città Nuova, 1990.
- NERHOT, Patrick, ed., *Legal Knowledge and analogy. Fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1991.
- NEVES, António Castanheira, *Questão-de-facto-questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade*, Coimbra, Almedina, 1967.
- *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1983.
- “A Interpretação Jurídica”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 3.º, Lisboa, Editorial Verbo, 1983-1987.

- “Assento”, in *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 1.º, Lisboa, Editorial Verbo, 1983-1987.
- *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- *O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- NUSSBAUM, Martha, *Love’s knowledge. Essays on philosophy and literature*, New York, Oxford University Press, 1990.
- *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995.
- “Poets as judges: judicial rhetoric and the literary imagination”, *University of Chicago Law Review*, vol. 62, pp. 1477 e ss., 1995.
- *Cultivating Humanity. A classical defense of reform in liberal education*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de, “Algumas notas sobre a teoria da interpretação jurídica de Robert Alexy”, *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 305, 2006.
- ORTEGA Y GASSET, José, “Misericordia y esplendor de la traducción”, in LÓPEZ GARCÍA, Dámaso, ed., *Teorías de la traducción*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996.
- OTERO PARGA, Milagros, *Las fuentes del derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *Filosofia del diritto*, 1996, trad.esp. J. Calvo González, *Filosofía del derecho*, Madrid, Tecnos, 1999.
- PAPADOPOULOS, Ioannis S. / TUSHNET, Mark, “Legal hermeneutics at a crossroads: Giuseppe Zaccaria’s questioni di interpretazione (1996)”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, pp. 261 e ss., Summer, 2000.
- PAPKE, David Ray, “Legitimate illegitimacy: the memoirs of nineteenth-century professional criminals”, in PAPKE, David Ray, *Narrative and the legal discourse. A reader in storytelling and the law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1991.
- “Problems with an uninvited guest: Richard A. Posner and the law and literature movement”, *Boston University Law Review*, vol. 69, pp. 1067 e ss., November, 1989.
- PARESCE, E., “Fonti del diritto (filosofia del diritto)”, in CALASSO, Francesco, dir., *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958.
- PATTERSON, Dennis, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge, Mass., Blackwell Publishers, 1996.
- PAZ, Octavio, *Traducción: literatura y literalidad*, Barcelona, Tusquets, 1990, 3.ª ed..
- PERELMAN, Chaïm / OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Editorial Gredos, 1989.
- PERELMAN, Chaïm, *O império retórico: retórica e argumentação*, Porto, Asa, 1993.
- *Lógica Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

- PÉREZ ALVAREZ, Miguel Angel, *Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia, 1993.
- PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- PITKIN, Hanna Fenichel, *Wittgenstein and justice. On the significance of Ludwig Wittgenstein for social and political thought*, trad. esp. Ricardo Montoro Romero, *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- PLATÃO, Crátilo. *Diálogo sobre a justeza dos nomes*, trad. do grego de P.e Dias Palmeira, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1994, 2.^a ed..
- *Górgias*, trad. de Margarida Leão, Lisboa, Lisboa Editora, 1995.
- *Fedro*, trad. José Ribeiro Ferreira, Lisboa, Edições 70, 1997.
- POLLMAN, Terrill, “Building a tower of Babel or building a discipline? Talking about legal writing”, *Marquette Law Review*, vol. 85, pp. 887 e ss., Summer 2002.
- POOLE DERQUI, Diego, *El derecho de los juristas y sus implicaciones: un diálogo con Lombardi Vallauri*, Madrid, Dykinson, 1998.
- POSNER, Richard, “Law and Literature: a relation reargued”, *Virginia Law Review*, vol. 72, n. 8, pp. 1351 e ss., November 1986.
- *Law and Literature. A misunderstood relation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, 7th pr..
- *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.
- “Legal Narratology”, *University of Chicago Law Review*, vol. 64, pp. 737 e ss., Spring, 1997.
- *Law and Literature*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.
- *The problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000, 7th pr..
- PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.
- *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- PUJANTE, David, *El hijo de la persuasión. Quintiliano y el estatuto retórico*, Logroño, Ediciones Instituto de Estudios Riojanos, 1996.
- *Manual de retórica*, Madrid, Editorial Castalia, 2003.
- PUY MUÑOZ, Francisco *et al.*, *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid, Colex, 1999.
- REDHEAD, Steve, *Unpopular cultures. The birth of law and popular culture*, Manchester and New York, Manchester University Press, 1995.
- REIS, J. Alberto dos, *Breve estudo sobre a reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, 2.^a ed..
- RICOEUR, Paul, *O justo ou a essência da justiça*, Lisboa, Instituto Piaget, 1995.
- ROBLES, Gregorio, *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

- ROCKWOOD, Bruce, ed., *Law and Literature Perspectives*, New York, Peter Lang Publishing, 1998.
- RODRIGUES, Sandra Martinho, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem*, Coimbra, Almedina, 2005.
- RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004.
- RODRÍGUEZ MONROY, Amalia, *El saber del traductor*, Barcelona, Montesinos, 1999.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- ROERMUND, Bert van, *Derecho, Relato y realidad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- RORTY, Richard, *The linguistic turn: recent essays in philosophical method*, 1967, trad. esp. Gabriel Bello, *El giro lingüístico. Dificultades metafísicas de la filosofía lingüística*. Barcelona, Ediciones Paidós, 1990.
- *Philosophy and the mirror of nature*, trad. esp. Jesús Fernández Zulaica, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1987.
- ROSEN, Lawrence, *Law as Culture: an invitation*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006.
- ROSENFELD, Michel, *Just interpretations. Law between ethics and politics*, Berkeley, University of California Press, 1998.
- ROSS, Alf, *Imperatives and logic*, 1941, trad. it. Gianfranco Ferrari / Riccardo Guastini, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, 2.ªed..
- *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, trad. de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Páblo López Pietsch, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- *La lógica de las normas*, trad. esp. José P. Hierro, Granada, Comares, 2000.
- RUBIN, Edward, "Trial by battle. Trial by argument", *Arkansas Law Review*, vol. 56, pp. 261 e ss., 2003.
- RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, trad. esp. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Reus, 1929.
- SÁEZ HERMOSILLA, Teodoro, *El sentido de la traducción: reflexión y crítica*, León, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1994.
- SAFRANEK, Stephen, "The legal obligation of clients, lawyers and judges to tell the truth", *Idaho Law Review*, n. 34, pp. 345 e ss., 1997.
- SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, *Derecho y lenguaje*, Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 1996.
- SANSONE, Arianna, *Diritto e letteratura. Un' introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001.
- SARAIVA, José Hermano, *Apostilha crítica ao projecto de Código Civil (capítulos I e II)*, Lisboa, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1966.
- SARAT, Austin / KEARNS, Thomas, eds., *The Rhetoric of Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1994.

- SARAT, Austin, “Robert Cover on Law and Violence”, in MINOW, Martha / RYAN, Michael / SARAT, eds., *Narrative, violence and the law. The essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995.
- “Redirecting legal scholarship in Law Schools”, *Yale Journal of Law & Humanities*, vol. 12, pp. 129 e ss., Winter 2000.
- (ed.), *Law, violence and the possibility of justice*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- SAUSSURE, Ferdinand de, *Cours de linguistique générale*, Édition critique préparée par Tullio De Mauro, Paris, Payot, 1972.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, 1840, trad. do alemão por M. Ch. Guenoux e vertido em esp. por Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual*, tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1878.
- *Vom beruf unserer zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, trad. esp. José Dias García, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, in Thibaut y Savigny. *La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras: Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania y De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*. Introducción y selección de textos de Jacques Stern, Madrid, Aguilar, 1970.
- *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, K.F.Koehler Verlag, 1951, trad. esp. de J.J.Santa-Pinter, *Metodología Jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.
- SCALLEN, Eileen A., “Evidence law as pragmatic legal rhetoric: reconnecting legal scholarship, teaching and ethics”, *Quinnipiac Law Review*, vol. 21, pp. 813 e ss., 2003.
- SCELFO, Julie, “When Law goes pop. Interview with Richard Sherwin”, <http://stayfreemagazine.org/archives/18/sherwin.html>.
- SCHEPPELLE, Kim Lane, “Foreword Telling Stories”, *Michigan Law Review*, vol. 87, pp. 2073 e ss., August 1989.
- SCHERR, Alexander / FARBER, Hillary, “Popular culture as a lens on legal professionalism”, *South Carolina Law Review*, vol. 55, pp. 351 e ss., Winter 2003.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich, “Sobre los diferentes métodos de traducir”, in LÓPEZ GARCÍA, Dámaso, ed., *Teorías de la traducción*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996.
- SCHROTH, Ulrich, “Hermenêutica filosófica e jurídica”, in A. KAUFMANN / W. HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1994, trad. port. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- SEARLE, John, *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.
- *Expression and meaning: studies in the theory of speech acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

- Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela, Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003.
- SEIFFERT, Helmut, *Introducción a la teoría de la ciencia*, trad.esp. Raúl Gabás, Barcelona, Editorial Herder, 1977.
- SÉNECA, Lúcio Aneu, *Cartas a Lucílio*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- SERNA, Pedro, (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Editorial Comares, 2003.
- SHERWIN, Richard, *When law goes pop. The vanishing line between law and popular culture*, Chicago, Chicago University Press, 2000.
- SILVA, Joana Aguiar e, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.
- “La desconstrucción y la interpretación descodificada: la ilusión del texto sagrado”, in JACOB, Michael / RIGOLI, Juan, eds., *Between Literature and law: on voice and voicelessness, Compar (a) ison An international Journal of comparative Literature*, University of Grenoble, Grenoble, France, I, 2003.
- *Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar*, Revista do CEJ, n.º 1, 2.º semestre 2004.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, *História do direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, 3.ª ed..
- SILVA, Vítor Aguiar e, *Teoria da Literatura*, Coimbra, Almedina, 2000, 8.ª ed..
- SILVESTRI, Gaetano, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1979.
- SIMON, Jonathan, “The vicissitudes of law’s violence”, in SARAT, Austin, ed., *Law, violence and the possibility of justice*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- SNELL-HORNBY, Mary, *Translation studies. An integrated approach*, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 1995, rev. ed..
- SOLAN, Lawrence, *The language of judges*, Chicago and London, The Chicago University Press, 1993.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de / GALVÃO, Sofia, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa, Lex, 2000.
- STEINER, George, *After Babel. Aspects of language and translation*, New York and London, Oxford University Press, 1992, 2nd pr..
- STONE, Martin, “Focusing the law: what legal interpretation is not”, in Andrei MARMOR, *Law and interpretation. Essays in legal philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- STRATTON, Anne Moses, “Courtroom Narrative and Finding of Fact: Reconstructing the Past One (Cinder) Block at a Time”, *Quinnipiac Law Review*, vol. 22, pp. 923 e ss., 2004.
- STURROCK, John, ed., *Structuralism and since. From Lévi-Strauss to Derrida*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- SULLIVAN, J. Thomas, “Symposium: an introduction to imagining the law: lawyers and legal issues in the popular culture”, *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, vol. 25, pp. 439 e ss., Spring 2003.
- SUNSTEIN, Cass / VERMEULE, Adrian, “Interpretation and institutions”, *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885 e ss., February 2003.
- TARELLO, Giovanni, *L’ Interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

- TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridice*, 1992, trad. esp. Jordi Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.
- “Rethinking the standards of proof”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, pp. 659 e ss., Summer 2003.
- “Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.55, n.1, Marzo 2001.
- “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.51, n. 3, Settembre, 1997.
- TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Barcelona, Paidós, 1997.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 11.ª ed..
- THIEL, Christian, *Sentido y referencia en la lógica de Gottlob Frege*, Madrid, Tecnos, 1972.
- THOMAS, Brook, *Cross examinations of law and literature. Cooper, Hawthorne, Stowe and Melville*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- THOMAS, Jim, “Prisoner cases as narratives”, in PAPKE, David Ray, *Narrative and the legal discourse. A reader in storytelling and the law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1991.
- TRIBE, Lawrence, “Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 108, pp. 1221 e ss., April 1995.
- TRINDADE, André Karam / GUBERT, Roberta Magalhães / NETO, Alfredo Copetti, eds., *Direito & Literatura. Reflexões teóricas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.
- *Direito & Literatura. Ensaaios críticos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.
- TUSHNET, Mark, “Critical Legal Studies Symposium: Critical Legal Studies and constitutional law: an essay in Deconstruction”, *Sanford Law Review*, vol. 36, pp. 623 e ss., January 1984.
- “Critical legal Studies: a political history”, *Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1515 e ss., March 1991.
- TWINING, William, *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, Oxford, Basil Blackwell, 1990.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *La interpretación según el Título Preliminar del Código Civil*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996.
- VANDERVEKEN, Daniel, *Les actes de discours*, Liège, Mardaga, 1988.
- VANNIER, Guillaume, *Argumentation et Droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001.
- VARELA, J. Antunes, “Do Projecto ao Código Civil”, *BMJ*, 161, 1966.
- VERMEULE, Adrian, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.
- VERNENGO, Roberto, *La interpretación Jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- VERSCHUEREN, Jef, *Para entender la pragmática*, Madrid, Gredos, 2002.
- VICKERS, Brian, *In defence of rhetoric*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 1963, trad. esp. Luiz Díez-Picazo, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986.
- *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

- VILLA, Vittorio, "Legal analogy between interpretive arguments and productive arguments", in NERHOT, Patrick, ed., *Legal Knowledge and analogy. Fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1991.
- "L' Interpretazione giuridica fra teorie del significato e teorie della verità", in MANZIN, Maurizio / SOMMAGGIO, Paolo, eds., *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Les Éditions Montchrétien, 1975, 4.^a ed..
- VIOLA, Francesco / ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2004, 5.^a ed..
- WARAT, Luís Alberto / MARTINO, Antonio Anselmo, *Lenguaje y definición jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1973.
- WARD, Ian, *Law and Literature. Possibilities and perspectives*, Cambridge University Press, 1995.
- WEISBERG, Richard, "Coming of age some more: «Law and literature» beyond the cradle", *Nova Law Review*, vol. 13, pp. 107 e ss., 1988.
- *Poethics and other strategies of law and literature*, New York, Columbia University Press, 1992.
- WEST, Robin, *Narrative, Authority and Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.
- *Caring for justice*, New York and London, New York University Press, 1997.
- WHITE, James Boyd, *When words loose their meaning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984.
- *The Legal Imagination*, Chicago, The Chicago University Press, 1985.
- *Heracle's Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1985.
- *Justice as Translation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.
- "Translation as a mode of thought", *Cornell Review*, vol. 77, pp. 1388 e ss., 1992.
- *Acts of Hope*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- *From expectation to experience: essays on law & legal education*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.
- WINCH, Peter, *The idea of a social science and its relation to philosophy*, London, Routledge, 1994, 2nd ed., 3rd rep.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado Lógico-Filosófico*, trad. M.S.Lourenço, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.^aed..
- *Investigações Filosóficas*, trad. de M.S.Lourenço, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.^a ed..
- *Los Cuadernos azul y marrón*, Madrid, Tecnos, 2007, 5.^a ed..
- WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (conferencias pronunciadas en los III cursos de verano organizados por la Facultad de Derecho de San Sebastián), Madrid, Civitas, 1985.
- «Sentido» e «Hecho» en el derecho, San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

YOVEL, Jonathan, "Running backs, wolves, and other fatalities: how manipulations of narrative coherence in legal opinions marginalize violent death", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 16, pp. 127 e ss., Spring, 2004.

ZACCARIA, Giuseppe / VIOLA, Francesco, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editorial Laterza, 2004.

ZACCARIA, Giuseppe, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 1990.

----"Analogy as legal reasoning – the hermeneutic foundation of the analogical procedure", in NERHOT, Patrick, ed., *Legal Knowledge and analogy. Fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1991.

---- *Razón jurídica e interpretación*, Trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, 1992, trad. esp. Marina Gascón, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003, 5.ªed..

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ABRAMS, Kathryn, 73, 410
ACERO, J.J., 19, 315, 410
AGAPITO SERRANO, Rafael, 179, 180, 182, 183, 184, 410
AGUILÓ REGLA, Josep, 158, 189, 190, 193, 196, 410
ALARCÓN CABRERA, Carlos, 375, 410
ALEXY, Robert, 340, 376, 410
ALMOG, Shulamit, 85, 89, 93, 345, 346, 351, 410
ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, 61, 410
AMARAL, Diogo Freitas do, 232, 233, 236, 237, 259, 260, 261, 394, 395, 400, 410
AMSTERDAM, Anthony, VIII, 37, 85, 86, 87, 88, 89, 110, 410, 412, 432
ANDRADE, Manuel D. de, 146, 234, 235, 381, 384, 395, 396, 410
ANDRESKI, Stanislav, 371, 410
ANDRONICO, Alberto, 116, 328, 329, 411
ARISTODEMOU, Maria, 2, 60, 411
ARISTÓTELES, 48, 49, 95, 96, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 157, 239, 411
ASCENSÃO, José de Oliveira, 225, 240, 241, 384, 394, 411
ASCOLI, Max, 222, 266, 267, 297, 411
ASIMOV, Michael, 131, 134, 411
ASÍS ROIG, Rafael, 378, 379, 411
ATIENZA, Manuel, 108, 373, 377, 411
ATRIA, Fernando, 160, 220, 221, 296, 411, 413
AUSTIN, J.L., 20, 26, 84, 124, 198, 347, 411, 426
BAKER, G., 13, 411
BALKIN, Jack M., 328, 329, 374, 375, 411
BALLARD, Michel, 44, 412
BANDES, Susan, 88, 89, 90, 110, 412
BARAK, Aharon, 351
BARON, Jane, 23, 29, 90, 91, 345, 412
BARONE, Francesco, 13, 412
BARTHES, Roland, 21, 103, 104, 412
BELADIEZ ROJO, Margarita, 279, 412
BENNETT, W. Lance, 81, 82, 83, 84, 412
BENTHAM, Jeremy, 380, 412
BENVENISTE, Émile, 19, 24, 412, 417
BERGEL, Jean-Louis, 164, 360, 361, 370, 412
BERGMANN, Gustav, 5
BETTI, Emilio, 146, 147, 174, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 331, 332, 342, 343, 389, 390, 391, 392, 405, 412, 421
BINDER, Guyora, 1, 120, 329, 412
BIONDI, B., 48
BIX, Brian, 290, 291, 292, 412
BLANCAFORT CALSAMIGLIA, Helena, 23, 412
BLAUSTONE, Beryl, 140, 412
BOBBIO, Norberto, 146, 156, 161, 164, 167, 171, 172, 412
BOHMAN, J., 6, 422
BREWER, Scott, 336, 413
BRITO, José de Sousa e, 177, 195, 413
BRONZE, Fernando José, 145, 197, 202, 203, 232, 233, 234, 245, 251, 258, 280, 281, 336, 358, 381, 398, 399, 413
BROOKER, Joseph, 2, 422
BROOKS, Peter, 1, 75, 84, 85, 86, 89, 91, 94, 328, 345, 411, 413, 417, 419, 420
BROWNE, Irving, 60, 413
BRUNER, Jerome, 85, 86, 87, 88, 89, 110, 132, 410, 412, 413
BULYGIN, Eugenio, 160, 221, 296, 411, 413
BURGO Y MARCHÁN, Ángel Martín del, 30, 48, 53, 55, 64
BUSTOS, Eduardo, 19, 410
CAENEGEM, R.C. Van, 166, 176, 413
CALASSO, Francesco, 414, 416, 428
CALVINO, Italo, 67, 68, 414
CALVO GARCÍA, Manuel, 169, 367, 375, 389, 414
CALVO GONZÁLEZ, José, 2, 58, 77, 87, 93, 95, 125, 167, 340, 351, 357, 374, 414, 428
CANAVAN, Marcia, 64, 414
CAPELLA, Juan-Ramón, 48, 54, 414
CARDOZO, Benjamin Nathan, 1, 52, 57, 414
CARRILHO, M. M., 100, 414, 426
CASALEGNO, P., 19, 414
CASANOVAS, Pompeu, 299, 415, 418
CASTÁN TOBEÑAS, José, 151, 152, 186, 415
CASTRO, Manuel de Oliveira Chaves e, 228, 415
CAUQUELIN, Anne, 26, 415
CAWS, Peter, 75, 415
CERRI, Augusto, 157, 415
CHARAUDEAU, Patrick, 23, 415
CHORÃO, Mário Bigotte, 241, 242, 415
CÍCERO, Marco Túlio, 43, 95, 103, 104, 188, 349
CLAVERO, Bartolomé, 179, 415
COHEN, Tom, 327, 417
CONESA, Francesco, 19, 415
CONLEY, John, 28, 112, 139, 415
CONSTABLE, Marianne, 407, 408, 415
CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, 150, 151, 152, 415
COOK, Nancy, 62, 415
CORDEIRO, António Meneses, 247, 254, 262, 263, 415
COSSUTTA, Marco, 187, 415
COSTA, Mário Júlio de Almeida, 219, 225, 226, 415

COSTANZO, Angelo, 375, 379, 416
 COVER, Robert, 114, 123, 124, 125, 126, 127, 416, 426, 431
 CRISAFULLI, Vezio, 187, 416
 CRUZ, Guilherme Braga da, 217, 247, 416
 CRUZ, Sebastião, 188, 192, 416
 CUETO RUA, Julio, 190, 191, 198, 199, 200, 416
 CULP, David R., 33, 416
 CUNHA, Paulo, 233, 416
 CUNHA, Paulo Ferreira da, IX, 163, 216, 237, 240, 241, 373, 393, 416
 CUNNINGHAM, Clark D., 33, 62, 416
 DALLMAYR, Fred, 342, 417
 DANET, Brenda, 40, 82, 128, 417
 DAVIES, Margaret, 327, 417
 DAVIS, Steven, 26, 417
 DELGADO, Richard, 62, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 83, 91, 417
 DERRIDA, Jacques, 21, 75, 76, 116, 327, 328, 411, 417, 420, 433
 DERSHOWITZ, Alan, 94, 417
 DESSONS, Gérard, 24, 417
 DIMOCK, Wai Chee, 1, 417
 DOSSE, François, 75, 417
 DUARTE, Écio Oto Ramos, 375, 417
 DUBOIS, Jean, 24, 417
 DUCROT, Oswald, 23, 24, 417
 DUNLOP, C.R.B., 66, 417
 DWORIN, Ronald, 119, 122, 123, 139, 153, 283, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 325, 353, 359, 405, 417, 420, 429
 ECO, Umberto, 34, 35, 36, 41, 333, 334, 342, 418
 ELKINS, James, 93, 131, 132, 136, 137, 418
 EMERSON, Ralph Waldo, 2, 418
 ENDICOTT, Timothy, 290, 418
 ENGISCH, Karl, 146, 148, 155, 343, 363, 365, 418
 ENNECCERUS, Ludwig, 146, 236, 418
 EPSTEIN, Julia, 23, 90, 345, 412
 ESCANDELL, M. Victoria, 26, 418
 ESCUDERO ALDAY, Rafael, 291, 293, 295, 298, 418
 ESSER, Josef, 154, 158, 241, 271, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 304, 336, 337, 338, 343, 405, 418
 EWALD, François, 162, 170, 173, 418
 EWICK, Patricia, 31, 418
 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, 272, 344, 418
 FANN, K.T., 8, 9, 11, 12, 14, 15, 419
 FARBER, Daniel, 117, 118, 419
 FARBER, Hillary, 129, 431
 FEHR, Johannes, 75, 419
 FELDMAN, Martha, 81, 82, 83, 84, 412
 FERGUSON, Robert, 90
 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 299, 353, 354, 419
 FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, 326, 419
 FERRARIS, Maurizio, 309, 312, 313, 319, 320, 338, 419
 FERREIRA, José Dias, 225, 228, 388
 FISH, Stanley, 122, 328, 340, 341, 359, 419
 FISS, Owen, 122, 325, 326, 328, 419
 FITZPATRICK, Peter, 27, 72, 419
 FORRADELLAS, Joaquín, 23, 75, 103, 104, 425
 FRANÇA, R. Limongi, 190, 191, 198, 239, 419
 FRANK, Jerome, 57, 77, 347, 348, 350, 419
 FREGE, Gottlob, 6, 7, 13, 19, 411, 419, 423, 433
 FREI, Charlotte, 38, 39, 45, 419
 FROSINI, Vittorio, 153, 154, 225, 275, 285, 286, 302, 304, 419
 FUMAROLI, Marc, 101, 420, 426
 GADAMER, Hans-Georg, 6, 7, 39, 132, 302, 303, 309, 310, 311, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 330, 331, 332, 333, 337, 358, 359, 360, 405, 410, 419, 420, 421
 GALVÃO, Sofia, 211, 212, 241, 255, 432
 GARAVELLI, Bice Mortara, 95, 96, 98, 100, 420
 GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, 283, 284, 295, 299, 420
 GARCÍA TEJERA, M.C., 96, 97, 102, 422
 GARZÓN VALDÉS, Ernesto, 49, 194, 420, 421, 427
 GASCÓN ABELLÁN, Marina, 357, 420
 GEAREY, Adam, 2, 422
 GEHRING, Petra, 327, 420
 GENETTE, Gérard, 20, 420
 GENOVESE, Eugene, 116, 420
 GENTZLER, Edwin, 40, 420
 GÉNY, François, 146, 151, 157, 159, 161, 168, 169, 170, 172, 191, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 266, 383, 385, 386, 387, 388, 405, 420
 GEWIRTZ, Paul, 1, 75, 85, 94, 118, 328, 411, 413, 417, 419, 420
 GIBBONS, John, 22, 31, 32, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 114, 420
 GILISSEN, John, 171, 420
 GILKERSON, Christopher, 33, 420
 GOLDING, Martin P., 336, 420
 GÓMEZ RAMOS, Antonio, 39, 41, 44, 421
 GONZÁLEZ BEDOYA, Jesús, 107, 108
 GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, 265, 266, 268, 269, 421
 GOODRICH, Peter, 32, 75, 116, 140, 421
 GORDON, Robert, 115, 421
 GOYARD-FABRE, Simone, 181, 421
 GRAY, John Chipman, 57, 421
 GRICE, H.P., 26, 421
 GRIFFERO, Tonino, 309, 310, 311, 312, 316, 317, 319, 322, 421

GROSSI, Paolo, 156, 218, 220, 266, 269, 270, 271, 337, 421
 GUASTINI, Ricardo, 196, 197, 375, 421
 GUBERT, Roberta Magalhães, 2, 433
 GUIBOURG, Ricardo, 194, 196, 197, 240, 421
 HABA, Enrique Pedro, 369, 370, 371, 372, 374, 379
 HAGLEY, Judith, 137, 138, 421
 HALPÉRIN, Jean-Louis, 166, 421
 HANAFIN, Patrick, 2, 422
 HART, Herbert L.A., 51, 118, 153, 173, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 300, 353, 405, 422
 HASNAS, John, 116, 422
 HASSEMER, Winfred, 279, 359, 360, 422, 423, 431
 HEALD, Paul, 1, 422
 HEIDEGGER, Martin, 6, 41, 106, 303, 309, 317, 323, 324, 327
 HERNÁNDEZ GUERRERO, José Antonio, 96, 97, 102, 422
 HIERRO S. PESCADOR, José, 19, 422
 HILEY, D., 5, 422
 HOBBS, Thomas, 163, 215, 216, 422
 HOOFT, H.P. Visser't, 51, 422
 HORN, L.R., 26, 422
 HÖRSTER, Heinrich Ewald, 49, 422
 HOY, David Couzens, 342, 422
 HUNTER, Dan, 336, 422
 HURTADO ALBIR, Amparo, VIII, 42, 43, 422
 IRTI, Natalino, 268, 422
 ITURRALDE SESMA, Victoria, 49, 50, 53, 377, 378, 422
 JACKSON, Bernard, 75, 81, 82, 336, 423
 JACOB, Bernard, 373, 423
 JACOB, Michael, 329, 432
 JAKOBSON, Roman, 34, 35, 39, 45, 423
 JANIK, Allan, 13, 423
 JOSEPH, Paul, 129, 423
 KAHN, Paul, 27, 111, 423
 KATCHI, António, 223, 225, 239, 423
 KAUFMANN, A., 279, 360, 422, 423, 431
 KEARNS, T., 27, 84, 95, 431
 KELSEN, Hans, 354, 397, 423
 KENNEDY, David, 75, 423
 KENNY, A., 19, 423
 KUNDERA, Milan, 44
 LAFONT, Cristina, 6, 19, 423
 LAMEGO, José, 146, 308, 309, 324, 325, 336, 423
 LANDSMAN, Stephan, 84, 424
 LAPORTA, Francisco, 49, 194, 420, 421, 427
 LARENZ, Karl, 146, 147, 150, 285, 286, 287, 304, 343, 344, 354, 359, 360, 363, 395, 424
 LARSON, Jane E., 84, 424
 LARUE, L.H., 1, 424
 LEDWON, Lenora, 1, 60, 77, 119, 359, 419, 424
 LEONARD, Jerry D., 116, 420, 421, 424
 LEPORE, Ernie, 20, 424
 LEVI, Judith, 22, 31, 75, 345, 424
 LEVINSON, Sanford, 1, 26, 33, 325, 328, 419, 424
 LEWANDOWSKI, Theodor, 29, 424
 LEYH, Gregory, 120, 342, 417, 422, 424
 LIMONGI, França, 189
 LINHARES, José Manuel Aroso, 77, 340, 424
 LLEDÓ, Emilio, 20, 424
 LÓPEZ GARCÍA, Dámaso, IX, 34, 35, 43, 415, 423, 424, 428, 431
 LUZZATI, Claudio, 272, 424
 MACCORMICK, Neil, 92, 353, 425
 MACEIRAS FAFIÁN, Manuel, 6, 7, 20, 315, 425
 MACHADO, João Baptista, 146, 212, 213, 225, 354, 393, 418, 425
 MACLEAN, Roberto G., 301, 425
 MADER, Shannon, 131, 134, 411
 MAILLOUX, Steven, 1, 325, 328, 419, 424
 MAINGUENEAU, Dominique, 23, 24, 415, 425
 MALATO, Maria Luísa, 373, 425
 MANIGLIER, Patrice, 75, 425
 MANZIN, Maurizio, 378, 425, 434
 MARCHESE, Angelo, 23, 75, 103, 104, 425
 MARCILLA CÓRDOBA, Gema, 162, 165, 176, 425
 MARÍN CASTÁN, M., 186, 425
 MARKESINIS, Basil, 167, 425
 MARMOR, Andrei, 120, 327, 425
 MARQUES, José Dias, 394, 425
 MARQUES, Mário Reis, 163, 176, 215, 216, 218, 220, 225, 226, 227, 228, 229, 425
 MARTÍ SÁNCHEZ, Manuel, 47, 426
 MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, 112, 315, 426
 MARTINO, Antonio Anselmo, 30, 434
 MAYNARD, Douglas, 93, 426
 MELLINKOFF, David, 22, 128, 426
 MELO, António Barbosa de, 168, 426
 MEYER, Michel, 100, 426
 MEZEY, Naomi, 132, 426
 MICHEL, Alain, 101, 426
 MILNER, Jean-Claude, 75, 426
 MINC, Alain, 270, 426
 MINDA, Gary, 57, 72, 426
 MINOW, Martha, 72, 123, 124, 125, 126, 127, 416, 426, 431
 MIRANDA FERREIRO, Marta, 5, 8, 426
 MONCADA, Luís Cabral de, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 380, 426
 MONTESQUIEU, 157, 160, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 410, 421, 426
 MORAWETZ, Thomas, 345, 427
 MORESO, José Juan, 49, 51, 160, 221, 297, 299, 375, 411, 413, 415, 418, 427
 MOUNIN, Georges, 41, 42, 43, 44, 427
 MUGUERZA, Javier, 13, 427
 MÜLLER, Friedrich, 304, 426

MURA, Gaspare, 309, 310, 311, 312, 316, 317, 427
NAVARRO, Pablo E., 160, 221, 297, 411, 413
NERHOT, Patrick, 423, 427, 434, 435
NETO, Alfredo Copetti, 2, 433
NEVES, António Castanheira, 17, 147, 202, 242, 244, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 261, 262, 288, 300, 301, 302, 305, 307, 308, 309, 331, 332, 333, 338, 366, 367, 381, 397, 427
NICOLÁS, J.A., 315, 410
NIETO, Alejandro, 241, 272, 273, 274, 275, 299, 353, 355, 356, 368, 369, 427
NUBIOLA, Jaime, 19, 415
NUSSBAUM, Martha, 59, 61, 62, 63, 64, 142, 427
O'BARR, William, 28, 112, 415
OLBRECHTS-TYTECA, L., 106, 373, 428
OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de, 340, 427
ORTEGA Y GASSET, José, 36, 428
OTERO PARGA, Milagros, 186, 192, 193, 428
PALOMBELLA, Gianluigi, 167, 428
PAPADOPOULOS, Ioannis, 25, 428
PAPKE, David Ray, 73, 93, 121, 426, 428, 433
PARESCE, E., 188, 428
PATTERSON, Dennis, 345, 427, 428
PAZ, Octavio, 37, 42, 45, 46, 428
PERELMAN, Chaim, 105, 106, 107, 108, 109, 337, 373, 375, 428, 434
PÉREZ ALVAREZ, Miguel Angel, 385, 387, 388, 389, 428
PÉREZ LLEDÓ, Juan A., 72, 117, 118, 367, 428
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, 194, 240, 268, 269, 270, 271, 275, 343, 344, 428
PIÇARRA, Nuno, 157, 178, 182, 428
PITKIN, Hanna Fenichel, 9, 428
PLATAÃO, 20, 98, 99, 100, 101, 103, 105, 107, 276, 429
POLLMAN, Terrill, 31, 429
POOLE DERQUI, Diego, 272, 429
POSNER, Richard, 1, 57, 67, 84, 109, 121, 122, 341, 426, 428, 429
PRIETO DE PEDRO, Jesús, 51, 429
PRIETO SANCHÍS, Luis, 154, 156, 158, 163, 165, 188, 189, 193, 194, 218, 220, 221, 233, 267, 268, 270, 286, 334, 339, 429
PUJANTE, David, 95, 96, 101, 102, 103, 105, 107, 429
PUY MUÑOZ, Francisco, 186, 373, 374, 425, 429
QUESADA, Daniel, 19, 410
REDHEAD, Steve, 135, 429
REIS, J. Alberto dos, 253, 260, 261, 429
RICOEUR, Paul, 376, 429
RIGOLI, Juan, 329, 432
ROBLES, Gregorio, 288, 359, 429
ROCKWOOD, Bruce, 67, 68, 429
RODRIGUES, Sandra Martinho, 299, 429
RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, 282, 430
RODRÍGUEZ MONROY, Amalia, VIII, 430
RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, 337
RODRÍGUEZ, Jorge L., 160, 221, 297, 351, 411, 413, 430
ROERMUND, Bert van, 78, 79, 90, 430
RORTY, Richard, 5, 15, 16, 17, 430
ROSEN, Lawrence, 27, 430
ROSENFELD, Michel, 120, 329, 430
ROSS, Alf, 155, 156, 158, 171, 172, 177, 192, 198, 199, 200, 201, 210, 212, 275, 368, 430
RUBIN, Edward, 375, 430
RUGGIERO, Roberto de, 166, 363, 386, 387, 388, 398, 430
RUIZ MANERO, Juan, 160, 221, 297, 411, 413
RYAN, Michael, 123, 124, 125, 126, 127, 416, 426, 431
SÁEZ HERMOSILLA, Teodoro, 34, 430
SÁEZ, L., 315, 410
SAFRANEK, Stephen, 85, 91, 430
SALGUERO, Manuel, 225, 336, 358, 430
SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, 11, 12, 14, 290, 317, 430
SANSONE, Arianna, 1, 430
SARAIWA, José Hermano, 234, 235, 237, 238, 239, 384, 387, 393, 396, 430
SARAT, Austin, 27, 84, 94, 95, 123, 124, 125, 126, 127, 347, 416, 426, 431, 432
SAUSSURE, Ferdinand de, 6, 24, 75, 419, 425, 431
SAVIGNY, Friedrich Karl von, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 173, 177, 190, 191, 194, 195, 196, 208, 234, 361, 362, 363, 364, 365, 404, 413, 415, 431
SCALLEN, Eileen A., 77, 431
SCELFO, Julie, 135, 431
SCHAEFFER, Jean-Marie, 24, 417
SCHEPPELLE, Kim Lane, 73, 431
SCHERR, Alexander, 129, 431
SCHLEIERMACHER, Friedrich, 35, 37, 38, 46, 323, 431
SCHROTH, Ulrich, 360, 431
SEARLE, John, 21, 26, 432
SEGURA ORTEGA, Manuel, 157, 344, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 362, 376, 377, 378, 379, 432
SEIFFERT, Helmut, 16, 432
SÉNECA, 63, 142, 432
SERNA, Pedro, 289, 290, 432
SHERRY, Suzanna, 117, 118, 419
SHERWIN, Richard, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 431, 432
SHUSTERMAN, R., 6, 422
SILBEY, Susan, 31, 418
SILVA, Joana Aguiar e, 2, 32, 61, 163, 304, 329, 416, 432
SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, 224, 432
SILVA, Vítor Aguiar e, 23, 24, 29, 30, 45, 432
SILVESTRI, Gaetano, 180, 181, 183, 184, 432

SIMON, Jonathan, 126, 432
 SMITH, Barry C., 20, 424
 SNELL-HORNBY, Mary, 37, 40, 43, 432
 SOARES, António Lemos, 163, 416
 SOLAN, Lawrence, 52, 128, 432
 SOLER, Sebastián, 344, 432
 SOMMAGGIO, Paolo, 378, 425, 434
 SOUSA, Marcelo Rebelo de, 211, 212, 241, 255, 432
 STEFANCIC, Jean, 62, 68, 69, 70, 71, 83, 417
 STEINER, George, VIII, 38, 40, 433
 STONE, Martin, 327, 433
 STRATTON, Anne Moses, 76, 81, 84, 86, 345, 350, 351, 433
 STURROCK, John, 75, 433
 SULLIVAN, J. Thomas, 129, 433
 SUNSTEIN, Cass, 341, 433
 TAPIAS, J.A.P., 315, 410
 TARELLO, Giovanni, 385, 433
 TARUFFO, Michele, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 92, 346, 378, 433
 TAYLOR, Charles, 5, 433
 TELLES, Inocêncio Galvão, 259, 260, 433
 THIEL, Christian, 19, 433
 THOMAS, Brook, 60, 433
 THOMAS, Jim, 73, 433
 TOULMIN, Stephen, 13, 423
 TRIBE, Lawrence, 75, 433
 TRINDADE, André Karam, 2, 433
 TUSHNET, Mark, 25, 115, 118, 122, 428, 434
 TUSÓN VALLS, Amparo, 23, 412
 TWINING, William, 81, 82, 348, 349, 434
 VALLET DE GOYTISOLO, Juan, 377, 434
 VANDERVEKEN, Daniel, 23, 434
 VANNIER, Guillaume, 373, 434
 VARELA, J. Antunes, 230, 231, 384, 393, 394, 395, 397, 434
 VATTIMO, Gianni, 327, 417
 VERMEULE, Adrian, 341, 433, 434
 VERNENGO, Roberto, 157, 434
 VERSCHUEREN, Jef, 26, 434
 VICKERS, Brian, 95, 96, 97, 99, 101, 102, 103, 374, 434
 VIEHWEG, Theodor, 242, 373, 423, 434
 VILLA, Vittorio, 336, 378, 434
 VILLEY, Michel, 20, 434
 VIOLA, Francesco, 158, 223, 278, 286, 291, 300, 335, 357, 359, 360, 361, 366, 376, 378, 407, 434, 435
 WALKER, Anne Graffam, 22, 31, 75, 345, 424
 WARAT, Luis Alberto, 30, 434
 WARD, G., 26, 422
 WARD, Ian, 1, 118, 324, 330, 435
 WEISBERG, Richard, 1, 65, 66, 435
 WEISBERG, Robert, 1, 120, 329, 412
 WEST, Robin, 56, 59, 60, 67, 72, 115, 117, 118, 120, 122, 341, 435
 WHITE, James Boyd, 1, 26, 27, 28, 33, 40, 57, 58, 59, 61, 67, 77, 78, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 119, 123, 128, 140, 141, 142, 325, 346, 347, 375, 424, 435
 WINCH, Peter, 12, 435
 WISE, Virginia, 117
 WITTGENSTEIN, Ludwig, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 145, 290, 317, 341, 401, 411, 419, 426, 435
 WROBLEWSKI, Jerzy, 49, 52, 53, 54, 55, 435
 YOVEL, Jonathan, 84, 435
 ZACCARIA, Giuseppe, 25, 158, 222, 223, 278, 286, 291, 300, 325, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 342, 357, 358, 359, 360, 361, 366, 376, 377, 378, 407, 428, 434, 435
 ZAGREBELSKY, Gustavo, 159, 162, 392, 436
 ZUÑIGA, J.F., 315, 410