



DESAFIOS HERMENÊUTICOS DA JURIDICIDADE PÓS-MODERNA: ENTRE TEXTO, NORMA E MÉTODO/ PARA LÁ DA INTERPRETAÇÃO NEGATIVA

Joana Maria Madeira Aguiar e Silva¹

RESUMO

Os séculos XX e XXI trouxeram consigo uma manifesta erosão dos fundamentais pressupostos sobre os quais anteriormente se erigiam as garantias e determinações do conhecimento e da verdade científicos. Ressentindo-se dessa erosão, o edifício jurídico-normativo tem procurado assimilar no seu seio as modulações em que, a esse nível, os desenvolvimentos hermenêuticos se traduziram, trazendo à superfície irrecusáveis tensões em cuja dinâmica o Direito se tem vindo a reconstituir. A fragmentação e fluidez da condição pós-moderna projectam-se assim na centralidade dos processos de construção jurídico-hermenêutica.

Palavras chave: Hermenêutica. Pós-modernidade. Método.

1 INTRODUÇÃO

Quando, em 1805, Jacques de Maleville publicou um dos primeiros comentários ao Código Civil napoleónico, promulgado no ano anterior, diz-se que o próprio Napoleão terá reagido exclamando: *'mon code est perdu!*².

O tema sobre o qual nos propomos reflectir prende-se de diversas maneiras com este

¹ Licenciada em Direito pela Universidade de Coimbra; Mestre e Doutora em Direito pela Universidade do Minho; Áreas de interesse: Metodologia, Filosofia e História do Direito; Direito e Literatura; Hermenêutica Jurídica.

² Jacques de Maleville foi um dos juristas que integrou a comissão nomeada por Napoleão para, sob a direcção de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, proceder à elaboração do Código Civil francês. Os outros membros eram Jean-Étienne Portalis, Félix Julien e Jean Bigot de Préamenon. Entre 1804 (data da promulgação do *Code*) e 1806, Maleville foi dando à estampa os 4 volumes de que se compôs *L'Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil*, obra que motivou o desabafo do próprio Napoleão, e que pretendia disponibilizar ao jurista prático aquelas que haveriam sido as intenções do legislador (e que constituíam elemento fundamental para determinar o sentido da lei).

imperial desabafo, que encontra igualmente paralelo nas conhecidas recomendações transmitidas por S. Francisco de Assis no seu Testamento (1226) aos monges da Ordem por si fundada, segundo as quais estes se deveriam limitar a cumprir as *regulae* da Ordem sem as comentar ou interpretar³.

Estes, com efeito, dois impressionantes exemplos do fulgor e influência daquela que Vittorio Frosini apelidou de interpretação negativa, e cuja expressão mais emblemática associamos ao brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. Uma regra que diríamos de ouro no enquadramento da chamada doutrina do *sens clair*, ou doutrina do sentido claro, desenvolvida precisamente no contexto do direito francês pós-revolucionário. Exemplos retirados daquelas que são, talvez, como diz Garcia Amado, as duas disciplinas mais condenadas à interpretação: o direito e a teologia.

Uma vez aceite o repto de nos debruçarmos sobre as alternativas pós-modernas à interpretação negativa, mister se torna começar por esclarecer em que consiste esta e, sobretudo, sondar os fundamentais pressupostos dogmáticos, conceptuais e ideológicos que lhe subjazem.

2 INTERPRETAÇÃO NEGATIVA: *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*

2.1 Pressupostos histórico-conceituais, ideológicos e dogmáticos

Falamos em interpretação negativa para, no âmbito limitado da interpretação das normas de direito positivo, identificar o princípio de acordo com o qual a interpretação deve ser afastada sempre que nos encontremos face a normas cujo sentido é evidente, claro e unívoco. Nessas situações, propugna-se a aplicação pura e simples da disposição normativa cujo sentido “textual” surge como inequívoco e natural.

Apesar da frequência com que é ainda encontrado quer na actual doutrina quer na actual jurisprudência, quase como se de uma verdadeira regra interpretativa se tratasse, a verdade é que a validade do princípio em causa, e da própria cultura e mentalidade que lhe subjaz, há muito se mostra profundamente desadequada da nossa realidade jurídica e judiciária.

O alcance com que ao longo da história foi sendo entendido revela a sua natureza ideológica e política, mais do que propriamente jurídica, sendo patentes as desvirtuações que sofreu para permitir alcançar resultados que claramente excediam os de mera técnica aplicativa das normas de direito positivo. Embora recorrentemente referido como característico princípio da *interpretatio iuris* medieval, é inegavelmente com os alvares da Modernidade jurídica que

3 “Ordeno con toda a firmeza a todos os meus irmãos, clérigos ou laicos, que, por obediência, não acrescentem explicações à Regra ou a estas palavras, afirmando que devem entender-se deste modo. Pelo contrário, com simplicidade e sem comentários, deveis compreendê-las e observá-las santamente, até ao fim”. Cfr. Vittorio FROSINI, *Teoría de la interpretación jurídica*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1991, p. 104. A aprovação papal das sucessivas versões da regra franciscana, como sabemos, esteve envolta em larga controvérsia, e deu azo a consideráveis contendas de natureza jurídica e teológica.

vem a encontrar um eco nunca antes alcançado⁴. Mais concretamente, o seu êxito vem-se a consagrar pela mão das elaborações doutrinárias levadas a cabo pelos exegetas do código civil napoleónico, e a estender-se a toda a metodologia jurídica implicada pelo movimento codificatório oitocentista. A ideia é a da perfeição dos códigos, que em toda a sua completude lógica e no seio de um rigoroso entendimento do princípio da separação de poderes, prometem a tão almejada segurança e certeza jurídicas. Valores como os da imparcialidade e da igualdade jurídicas serão alcançados com a identificação do direito com aquele que é o produto de um legislador racional, clarividente, que actua em nome de todos no seio de um estado de assembleia representativa. Ao judicial não caberá senão verter na prática os comandos textual e objectivamente consagrados por aquele, numa lógica de perfeita autonomia das funções que a cada figura competem: ao legislador a criação do direito, aos magistrados a sua aplicação.

É neste contexto que encontra razão de ser o princípio em causa, do *in claris non fit interpretatio*. O objectivo último é, naturalmente, o de constituir um fundamental travão a ímpetus discricionários por parte do julgador / aplicador do direito. E de assim preservar as pretensas neutralidade e assepsia legislativas.

Ao mesmo tempo que a actividade interpretativa se vê assim identificada com uma tarefa de mero reconhecimento e intelecção dos sentidos previamente oferecidos no texto da disposição normativa (qual estátua no interior do bloco de mármore⁵), vai-se ainda mais longe no intuito de preservar a vontade do legislador prescrevendo-se a não interpretação das mesmas disposições nas situações (tendencialmente normais) em que da literalidade do preceito o sentido do mesmo seja clara e inequivocamente inferível. Naquelas situações em que, por deficiência ou obscuridade da expressão linguística, esse sentido não for imediatamente apreendido - situações anómalas, portanto -, prescreve-se então o cumprimento de um conjunto de pautas hermenêuticas, legislativamente consagradas de modo preciso, que permitirão ao intérprete alcançar o espírito da disposição subjacente à intenção do legislador, sem ferir a objectividade do processo de atribuição de sentidos.

De acordo com alguns autores, a intenção seria a de preservar a todo o custo a interpretação dita declarativa, em que se manifesta a coincidência entre o sentido literal e o espírito imanente à norma⁶. O travão dirigir-se-ia, aí, a eventuais correcções extensivas e restritivas por parte do intérprete. Na medida em que a interpretação declarativa mais não faria senão declarar, repetir, reproduzir, o texto da disposição a interpretar, ela suporia uma opção pela não interpre-

4 Período em que, caracteristicamente, o Direito se vê consubstanciado no império da lei, com a confusão subsequente entre *interpretatio iuris* e *interpretatio legis*.

5 Defendendo a ideia segundo a qual o elemento volitivo, o “hunch” da sentença, vinha em primeiro lugar, Radbruch entendia que “o erro de acreditar que a regra singular dormia já no texto, «como a estátua num bloco de mármore», só se (poderia) aceitar como um saudável travão à arbitrariedade judicial”. *Apud* 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, p. 327. A inspiração para a imagem teria sido encontrada, para Fernando José Bronze, num poema de Miguel Ângelo: “Não tem o melhor artista alguma ideia / Que o mármore só em si não circunscreva”. Cfr. Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 821-822, n. 29.

6 Neste sentido, veja-se, entre outros, Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 1990, p. 47; Luis PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 235.

tação, em sentido, digamos, crítico⁷. Quer-nos parecer, no entanto, que o alcance do princípio se pretendia mais abrangente, levando o aplicador a abdicar - pelo menos formalmente - das suas competências de verdadeiro intérprete. A aplicação seria, digamos, directa e automática, defendendo-se, no fundo, a possibilidade (e adequação) de uma leitura das disposições sem um concomitante processo de interpretação (ainda que meramente declarativa).

Não terá sido exactamente este o sentido com que o princípio foi assimilado pelo pensamento jurídico medieval, que, pretendendo pôr freio às capacidades inventivas dos comentadores, o entendeu sobretudo enquanto critério de hierarquia normativa através do qual se expressava a prevalência dos clássicos e autoritários textos de direito romano e canónico⁸.

Não deixa de ser curioso que não se tenha conseguido até hoje determinar a origem do aforismo latino em questão. Embora pareça reconduzir-se ao *Digesto*, onde essa mesma ideia vai estando presente, ele não se encontra literalmente no seu texto, sendo que as referências feitas ao princípio surgem em matéria de testamento. Esse, aliás, parece ter sido o domínio por excelência em que os romanos recorreram à limitação da interpretação em caso de clareza absoluta da disposição literal: o das declarações negociais⁹. Estendê-la à interpretação da lei parece ter sido deformação hábil desse mecanismo ao serviço do processo de endeusamento do legislador e do seu exclusivo enquanto criador de Direito¹⁰.

3 DECADÊNCIA DO PRINCÍPIO E DA MENTALIDADE SUBJACENTE

A decadência do princípio *in claris non fit interpretatio*, ou da negação da interpretação em função da clareza literal da disposição normativa, começa a fazer-se sentir já no final do século XIX, com a ascensão de sucessivos movimentos e correntes anti-formalistas (a própria Escola da Exegese se mostra em declínio, com François Génay a publicar, em 1899, o seu monumental *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), que têm como detonador o crescente abismo que se vai fazendo sentir entre teoria e *praxis*. Movimentos que se vêm a consolidar, sobretudo, a partir da segunda metade do século XIX.

3.1 Modernidade e Pós-modernidade

7 Como nos mostra PRIETO SANCHÍS, "*in claris non fit interpretatio* supunha postular uma interpretação declarativa face a qualquer tentação de correcção extensiva ou restritiva. No fundo, continuava latente a ideia ilustrada de que a melhor lei é a que não precisa de interpretação, ou de que a interpretação equivale à corrupção da lei". Mais à frente, no entanto, não deixa o autor de sublinhar aquilo que temos também bem presente para nós: "na verdade, esta classificação repousa sobre um pressuposto que muitos não podem aceitar, e que é o de que as disposições têm sempre um significado objectivo e independente da própria interpretação, significado que umas vezes seria respeitado (interpretação literal), mas que noutras poderia ser «ampliado» ou «restringido»". Cfr. *ibidem*, pp. 228 e 235. Ver ainda o ensaio de Laura MIRAUT MARTÍN, "Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos", in *Anuario de Filosofía del derecho*, 2002, disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_2002_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%8DA_DEL_DERECHO, consultado em 31.01.2016.

8 Cfr. v.g. Luis PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 227-228.

9 Os juristas medievais ter-se-iam inspirado, no entender de Castanheira Neves, numa proposição de Paulus - *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (D.32, 25, 1) - que, referindo-se a matéria testamentária, estaria longe de com ela exprimir "a verdadeira atitude do pensamento jurídico romano sobre o ponto em causa". Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* - I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 14, n.13.

10 Neste sentido, ver também o interessante estudo de M. Aquilina SÁNCHEZ RUBIO, "La interpretación en el derecho: *in claris non fit interpretatio*", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, 417-435, *passim*.

Esta, aliás, uma das notas características da chamada pós-modernidade jurídica, que, se por algo se identifica, é precisamente pela reacção aos formalismos do modelo legalista e estadual que caracterizou as ordens jurídicas, um pouco por todo o continente europeu, no rescaldo da Revolução Francesa.

De sublinhar que, quando falamos em modernidade jurídica nos remetemos invariavelmente aos desenvolvimentos a que assistiu o Direito no período de oitocentos, com a fulgurante ascensão da lei, e da lei codificada. Um período em que o Direito claramente se verteu em formulações lógicas e sistemáticas, procurando chamar a si os critérios e modelos racionais que dotavam de autoridade e legitimidade as ciências naturais. Pela mão de um nítido controlo estadual, manifestação da imperante vontade popular, ao Direito caberia assegurar valores fundamentais da vida do homem em sociedade, como a igualdade e a liberdade. No seio de um discurso unificador e universalizante, e à imagem da própria ciência oitocentista, o Direito assumir-se-ia como verdade, determinação e objectividade.

Se as porosidades deste modelo, e do paradigma que alimentou, se começaram a fazer sentir já em finais do século XIX, elas tornaram-se mais flagrantes a partir de meados do século XX. No específico domínio jurídico, o descrédito da lei enquanto exclusiva matriz de juridicidade, dotada de autonomia, exaustividade e completude, implicou a recuperação de modos de pensar antes abafados pelos consensos racionalistas da modernidade. A razão da ciência moderna - jurídica incluída - deixa de ser considerada como fonte de verdades inquestionáveis, passando a pretensão universalista da metodologia científica, a partir de certa altura, a suscitar uma forte reserva.

Numa perspectiva mais ampla, a crença no progresso científico e civilizacional, a linearidade histórica no sentido evolutivo, mediatizada pela racionalização e categorização da vida pública e artística, vão perdendo credibilidade enquanto projecto/manifestação vital da modernidade. O positivismo oitocentista vê-se questionado em toda a linha, sublinhando-se a impossibilidade de dissociar os factos daquele que os observa, bem como da cultura que produziu as categorias em função das quais os factos são descritos¹¹.

E é assim que a chamada pós-modernidade se vai instalando, configurando, nas palavras de Ernst Gellner, um movimento contemporâneo poderoso e muito na moda. “Para além disso”, continua Gellner, “ninguém sabe ao certo do que se trata”¹². Se desde o início do século XX, em domínios mais ou menos circunscritos, a expressão vai tendo algum curso, é maioritariamente a partir da década de 70, pela mão de Jean-François Lyotard, que “a condição pós-moderna” emerge como reflexo de uma “mudança geral da circunstância humana”¹³. Se representa verdadeiramente, como pretendem alguns, uma superação da modernidade e dos seus padrões

11 Cfr. Ernest GELLNER, *Pós-Modernidade, razão e religião*, Lisboa, Instituto Piaget, 1994, p. 43.

12 “É quase impossível fornecer uma definição ou uma descrição coerentes do pós-modernismo”, diz a dada altura o autor. Cfr. *ibidem*, p. 39 e 48.

13 Cfr. Jean-François LYOTARD, *The Postmodern Condition: a report on knowledge*, Manchester, Manchester University Press, 1997, trad. do francês *La condition postmoderne: rapports sur le savoir*, 1979; Perry Anderson, *As origens da pós-modernidade*, Lisboa, Edições 70, 2005, p. 39.

epistemológicos, é contestável¹⁴, como controversas são as tentativas de com ela identificar algum ou alguns projectos ou discursos mais concretos ou substanciais. Para Lyotard, a pós-modernidade representaria a perda de credibilidade das grandes narrativas que haviam sustentado a sociedade, as suas formas de vida e de conhecimento, ao longo do século XIX. O que parece ser característico daquilo que habitualmente se designa de pós-moderno é a desconfiança em relação a qualquer discurso que se apresente como totalizante; é o desconforto face a um discurso racional-científico que se pretenda garantia de compreensão e explicação categórica dos mundos interior e exterior. Numa perspectiva pós-moderna, as realidades física e social têm-se por fragmentadas, fluidas e multiformes, justificando a preferência de Zygmunt Bauman pela expressão (crítica) modernidade líquida¹⁵. Justificando igualmente o entendimento de Gellner, segundo o qual o conjunto de ideias que compõem a pós-modernidade, apesar de demasiado etéreo e volátil para ser apreendido e absorvido de forma exacta, reflecte um denominador comum: a relatividade. “O pós-modernismo parece ser claramente favorável ao relativismo, no sentido em que é propenso à transparência e avesso à ideia de uma verdade única, exclusiva, objectiva, externa ou transcendente. A verdade é evasiva, polimorfa, íntima, subjectiva... e algo mais, talvez. Linear é que não”.¹⁶

Se o juspositivismo foi a face da modernidade jurídica, uma noção de direito pós-moderno implicará um afastamento relativamente àquelas notas distintivas que antes referimos. Os métodos lógico-sistemáticos de construção e aplicação do direito começam a ser insistentemente contestados sobretudo a partir do final da Segunda Grande Guerra, com a concomitante ascensão / recuperação de movimentos anti-formalistas que, não deixando de atender ao valor da lei e do seu enquadramento dogmático, reconhecem as indubitáveis virtualidades transformativas e criadoras que para a realidade jurídica no seu todo representa o contexto pragmático da concretização judiciária.

3.2 Correntes anti-formalistas e erosão da lei e do código modernos

Subjacente a estes movimentos está um lento mas inexorável processo de erosão da lei nos moldes em que a concebeu a mentalidade e a cultura de oitocentos. A crise da lei é denunciada pelo desenvolvimento manifesto das correntes anti-formalistas, na medida em que nestas vão sublinhadas as fragilidades da lei enquanto exclusiva potência criadora de juridicidade e o fracasso histórico dos códigos enquanto corpos normativos dotados de exaustividade e de eternidade. A filosofia das leis uniformes, precisas, gerais e abstractas, que alcançara o seu

14 À pergunta “o que é, afinal, o pós-moderno?”, o próprio Lyotard responde bastante elipticamente dizendo que “é indubitavelmente uma parte do moderno”. Cfr. Jean-François LYOTARD, “Answering the question: what is postmodernism?” *in op.cit.*, pp. 71-81, p. 79.

15 Para alguns o grande teórico da pós-modernidade, Bauman tem apontado o dedo às fragilidades éticas e morais de uma contemporaneidade entregue à lógica do imediatismo, do consumismo e da artificialidade. “Depois de terem desaparecido ou passado de moda os princípios universais e as verdades absolutas, pouco importa doravante que princípios pessoais e que verdades privadas o indivíduo adopta (tanto mais que o seu compromisso nunca é profundo) e segue (mas nunca com excessivo zelo ou dedicação, disso podemos estar certos)”. Cfr. Zygmunt BAUMAN, *A vida fragmentada. Ensaio sobre a moral pós-moderna*, Lisboa, Relógio d’Água, 2007, p. 18; *Liquid modernity*, Cambridge, Polity Press, 2004.

16 Cfr. Ernest GELLNER, *op. cit.*, p. 41.

auge com o movimento codificador, com a sua vocação de regular as relações sociais de um modo unitário e conclusivo, onde nada pudesse ser deixado ao arbítrio do intérprete, é agora abertamente contestada¹⁷. Criação e aplicação do direito, que surgiam então como operações autónomas, perfeitamente racionais, constituindo o código um monumento de geometria social e jurídica e construindo-se a interpretação à imagem desse mesmo código, enquanto silogismo perfeito e subsuntivo, são igualmente sujeitas a revisão.

Consequência daquele modelo era a vigência de um direito profundamente alheado do dinamismo social, que conscientemente se recusava a servir a vida na medida em que prescrevia a submissão desta às suas próprias pautas formais e logicistas. A ilusão da segurança, da certeza e da igualdade era mantida mediante o sacrifício recorrente da justeza normativa e da adequação material das soluções encontradas ao mérito das situações em que esse mesmo direito era chamado a verter-se. E isto acontecia, indubitavelmente, graças à igualmente ilusória doutrina do sentido claro da literalidade das disposições normativas.

3.3 Viragem linguística e interpretativa

A partir do momento em que se reconhece o absurdo de entender os sentidos dessas disposições como previamente determinados a uma sua concreta aplicação – naquilo a que Alf Ross designa de dogma do ordenamento jurídico pré-judicial¹⁸ – somos forçados a reconfigurar uma série de concepções jurídicas tidas por tradicionais; concepções que vão desde a função do jurista até às noções de segurança e certeza do direito. Não é apenas a possibilidade de dar como claros e inequívocos os sentidos da disposição normativa que está em causa. É, sobretudo, a impossibilidade de isso suceder sem a forçosa mediação de processos interpretativos.

A norma não transporta em si a absoluta determinação do seu próprio sentido, como pretendia o pensamento juspositivista de oitocentos, antes resultando este, sempre e necessariamente, de uma sua reconstituição criadora por parte do intérprete. Uma reconstituição a acontecer num determinante e determinativo contexto pragmático. A compreensão dos enunciados jurídicos não é nunca uma tarefa meramente receptiva, passiva ou mecânica, antes requerendo uma especial atitude hermenêutica, aberta à sociedade e à cultura. E isto acontece assim por diferentes razões.

As transformações ocorridas na viragem do século XIX para o século XX a propósito do fenómeno linguístico, vêm não só expor a natureza necessariamente contextual de toda a linguagem, que nessa medida vê os sentidos que veicula condicionados ao respectivo contexto de utilização, como vêm igualmente mostrar a natureza linguística de todo o acto de compreensão. O *meaning is use* wittgensteiniano e os jogos de linguagem em que a determinação dos sentidos literais se vêm mergulhados a partir deste momento de viragem linguística e interpretativa,

17 Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, pp. 185 e ss..

18 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, pp. 102 e 103.

obrigam necessariamente a adoptar uma outra concepção do fenómeno da interpretação jurídica. Obrigam a ver o aplicador do direito, enquanto fundamental intérprete de uma ordem jurídica complexa integrada numa complexa ordem cultural e dela dependente, mais como agente interventivo e verdadeiramente criador de sentidos do que como mero espelho de um direito pressuposto em todas as suas determinações¹⁹.

Não se trata de recusar à interpretação uma dimensão cognitiva, que ela indubitavelmente preserva. Até na medida em que é no enquadramento desse direito pressuposto que ela encontra o fundamento da sua legitimidade e da sua autoridade. Mas patente se torna, agora, a insuficiência de toda a solução jurídica baseada exclusivamente na lei. Se se parte da errónea e ilusa ideia de que o juiz sempre aplica um direito já existente, com os seus significados pré-determinados ao momento de verdadeira aplicação do mesmo - porque essa a sua vocação, eminentemente prático-normativa, - não é possível entender adequadamente a função jurisdicional.

Não é possível ao aplicador-intérprete das normas jurídicas evitar a interpretação a partir do momento em que entende estar em presença de uma norma de sentido claro, precisamente porque a fronteira entre a clareza ou obscuridade da disposição normativa constitui já de si um resultado interpretativo. A literalidade do texto não pode ser o elemento determinante da sua clareza, que depende inequivocamente das circunstâncias em que é empregue esse texto²⁰. Já nem se trata de imputar a dificuldade em traçar essa linha à natural indeterminação ou vagueza semântica da linguagem comum. Aquela que é maioritariamente empregue pelo legislador quando consagra os textos legislativos que, nessa medida, vão partilhar dessa mesma plasticidade significativa. Ou à constatação da textura aberta da linguagem, vincada por Waismann em 1945 e desde então assimilada por largas franjas da doutrina e do pensamento jusfilosófico²¹.

Aquilo que, para além disso, se afirma, é a própria impossibilidade de reconhecer o estatuto de clareza a uma qualquer disposição sem a mediação da operação hermenêutica. E isto porque não é possível considerar em abstracto as situações de clareza ou dúvida de um texto, na medida em que tal texto será claro ou duvidoso nas suas determinações semânticas – nos sentidos que lhe deverão ser imputados e no âmbito de aplicação que se lhe reconhece – segundo os concretos contextos do seu uso. A natureza convencional da linguagem e a necessidade de adequar o sentido do enunciado jurídico às diferentes situações que possam cair dentro do seu âmbito de regulamentação tornam indefensável a configuração da interpretação jurídica como uma actividade meramente cognoscitiva.

Não existe uma coisa como o significado próprio das palavras, que têm apenas o signi-

19 Referindo-se ao que denomina mito da “interpretação negativa” como o espelhismo de que é possível prescindir do trabalho do intérprete, Vittorio Frosini considera a expressão *in claris non fit interpretatio* não só enganosa como mesmo hipócrita, uma vez que “essa atribuição da «clareza» constitui, na realidade, um postulado interpretativo, sobre o qual se constrói a consequência da lei. A verdadeira clareza, pelo contrário, é a que resulta da interpretação, nunca a que a precede”. Cfr. Vittorio FROSINI, *op. cit.*, p. 2.

20 Sobre o tema se debruçou largamente António CASTANHEIRA NEVES, *op.cit.*, *passim*. No mesmo sentido se pronuncia Prieto Sanchís, quando sublinha que “decidir que um texto é claro ou obscuro é justamente uma conclusão que só se alcança depois e não antes de interpretar o texto, e esta conclusão também não será universalmente partilhada por todos os intérpretes”. Cfr. Antonio PRIETO SANCHÍS, *op.cit.*, p. 229.

21 Cfr. Joana AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, *max. cap.* IV.3

ficado que lhes vem atribuído por quem as usa e por quem as interpreta, em contextos específicos de exigência. Nessa medida, não só o significado e as decisões interpretativas são sempre, em certa medida, variáveis, como inevitável será admitir que a actividade do jurista-intérprete é sempre simultaneamente normativa e criativa. Para além de incontornável em qualquer momento de aplicação jurídica.

3.4 Méritos actuais da doutrina do sentido claro

Isto que vimos de dizer, reconhecamo-lo, não retira um certo acerto à doutrina subjacente ao princípio *in claris non fit interpretatio*. Os problemas interpretativos mais relevantes surgem precisamente nos casos duvidosos ou controvertidos. Simplesmente estes não se determinam a partir dos enunciados legislativos em si mesmos considerados, senão a partir dos contextos concretos em que estes vêm a ser utilizados, ou nos chamados contextos de decisão (ou de enunciação). Uma mesma disposição suscita dúvidas numas ocasiões e não noutras. O que é ponto assente é que a atribuição de sentidos à disposição e a delimitação do respectivo âmbito de aplicação comportam sempre uma interpretação. E que, em algumas situações, essa seja fácil de adoptar não significa que deixe de ser uma interpretação. Isto mesmo justifica a afirmação de um jurista como Enrico Pattaro que, na linha aliás das contemporâneas teorias literárias ditas da recepção, e dos trabalhos de Iser, Jauss, ou, no concreto domínio jurídico, Stanley Fish, mostra de que forma o significado dos termos que compõem as expressões linguísticas, não estando completamente ínsito nas palavras, se mostra dependente dos processos de aprendizagem através dos quais passou o receptor, o leitor, o intérprete. Um processo em que desempenham um papel fundamental os usos linguísticos consolidados, verdadeiro instrumento da comunicação linguística. A tendência para considerar que as palavras têm um significado imanente, e assim potencialmente claro, advém do facto de no seio de cada comunidade linguística, que adoptou processos de aprendizagem semelhantes, palavras iguais suscitarem imagens ou noções similares²². É este processo de aprendizagem comum a todos os membros de uma determinada colectividade social que cria essa falsa imagem segundo a qual determinados enunciados têm significados óbvios. Muito emblematicamente, uma das obras que Fish dedica à questão tem como título *Doing what comes naturally*.

Mas isso não nos pode desviar daquela que é a realidade, e que é a de que a atribuição de sentidos a um qualquer enunciado linguístico, normas jurídicas incluídas, sempre resulta da mediação de mais ou menos complexos e conscientes processos interpretativos.

É esta constatação que, de certo modo, sustenta parte das críticas que tivemos já oportunidade de partilhar quanto à sobejamente conhecida distinção consagrada por Hart entre casos fáceis e casos difíceis. Apenas nestes últimos, não previstos pela regra ou caindo sob a zona de penumbra e incerteza do seu âmbito de aplicação, estaria o poder judicial legitimado a usar

22 Cfr. Enrico PATTARO, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, vol.II, apud Laura MIRAUT MARTÍN, *op. cit.*, pp. 394 e 395. Veja-se ainda, a este respeito, o magnífico texto de Hans-Georg GADAMER, “Hombre y lenguaje”, in *Wahrheit und Methode*, trad.esp. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1977, II vol., pp. 145-152.

de discricionariedade. O que Hart parece esquecer, no entender de autores como Castanheira Neves, ou como Giuseppe Zaccaria, é que o facto de traçar fronteiras entre a facilidade ou dificuldade de um caso, ou entre a clareza ou obscuridade de um texto normativo que se visa aplicar, ainda que podendo parecer uma operação mecânica e imediata, é, com efeito, o resultado de toda uma série de decisões interpretativas²³.

3. 5 Metamorfose do conceito de norma jurídica

Este reconhecimento vem igualmente a projectar-se numa metamorfose do próprio conceito de norma jurídica e dos conteúdos normativos. Se a teoria tradicional da interpretação jurídica se atribuía a função de descoberta ou esclarecimento de sentidos das normas jurídicas, hoje muitos são os que reclamam a consideração da norma não como dado que preceda a interpretação mas antes como resultado ou produto da mesma. Destacada vai assim a competência do intérprete enquanto aquele que verdadeiramente determina o conteúdo normativo das disposições jurídicas, e destacada vai também a interpretação como operação dirigida a estabelecer algo que antes de realizado o processo interpretativo não existia, ou existia em mero estado potencial: a norma jurídica. Desta forma, esta não se confunde com o documento normativo, antes constituindo o resultado ao qual se chega através da realização da interpretação daquele documento.

De acrescentar que a este resultado se chega ultrapassando claramente os conteúdos da mensagem legislativa, que se vê reanimada e iluminada no contacto com o seu contexto de aplicação. Com efeito, é no contacto com a vida que pretende servir e regular que a disposição legal ganha verdadeira densidade e concretude normativa. A norma que vai permitir resolver cada situação é fruto de um processo hermenêutico que integra elementos não apenas da disposição legal interpretada como das circunstâncias factuais a que com a mesma se visa atender. É isto que nos permite afirmar que quando falamos em interpretação no âmbito da experiência jurídica nos estamos a referir não apenas à interpretação em sentido estrito de normas e material jurídico, mas também à concretização aplicativa do direito, que compreende operações como sejam a qualificação jurídica de casos concretos e a formulação de preceitos individuais (normas de decisão) para a resolução de controvérsias materiais. A escolha das notas características que se consideram relevantes em cada situação de facto vai influir na interpretação que fazemos dos preceitos normativos, do mesmo modo que esta se vai repercutir sobre aquela, num processo de constante vaivém de que resultará a determinação dos sentidos normativos.

23 “Também nos casos ditos fáceis, ou seja, quando a inclusão de uma determinada *fattispecie* no campo aplicativo de uma certa norma parece relativamente indiscutível, o pressuposto é sempre representado pela interpretação e pela decisão relativa ao significado mais apropriado a atribuir ao texto. Quando se defende que *in claris non fit interpretatio* confunde-se o ponto de chegada com o ponto de partida: longe de ser pré-condição garantida, a clareza é o resultado de um procedimento intelectual, que é precisamente o procedimento interpretativo...”. Cfr. Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2004, 5.ª ed., pp. 116-117; 177 e ss.; António CASTANHEIRA NEVES, *op.cit.*, pp. 21-22; Joana AGUIAR E SILVA, *op.cit.*, pp. 303-314.

4 HERMENÊUTICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA

4.1 Mediação entre tensões existenciais da experiência jurídica

É precisamente neste esforço de redefinição da relação entre teoria e prática do direito, através da acentuação do momento da aplicação no processo interpretativo, que a hermenêutica jurídica encontra, ao longo do século XX e no que vai de século XXI, o seu carácter específico. Colhendo frutos sobretudo da hermenêutica filosófica de Gadamer, mais do que da hermenêutica historicista de Emilio Betti (mas não desprezando os seus inegáveis contributos), o programa de trabalho da teoria hermenêutica do direito vem precisamente a focar-se na delimitação ou reorganização da concretização dos sentidos normativos da lei através da sua referência ao caso concreto. Reconhecendo que a determinação do direito é sempre e necessariamente também um acto criativo do sujeito intérprete, e não apenas da vontade legislativa, torna-se agora inaceitável uma teoria que mascare, remova ou relegue para segundo plano esse elemento constitutivo da realidade jurídica²⁴.

Nesta medida, a hermenêutica jurídica assume verdadeiramente a tarefa de operar a mediação entre a natureza abstracta e universalizante da norma e a singularidade das circunstâncias factuais, reconhecendo o abismo existente entre estas duas grandezas e o absurdo do modelo clássico da subsunção silogística. É no momento da aplicação que estas tensões encontram pacificação, precisamente pela via hermenêutica. É a conexão entre a interpretação dos enunciados normativos e as circunstâncias de facto que abre a lei a significados normativos de uma incessante vitalidade e renovação.

Enquanto aplicação – *applicatio* –, o discurso da hermenêutica jurídica opera a realização do direito no caso singular, caracterizando-se estruturalmente como contínua mediação da universalidade da norma no caso concreto, entre a racionalidade técnica e abstracta do comando legal e a racionalidade prática convocada pelas exigências da materialidade concreta. Entre a tradição dogmática do sistema e a consciência social impressa no problema. E isto num processo em que nenhuma das polaridades se anula, antes encontrando momentos de equilíbrio que representam a própria e ininterrupta positividade de um direito vivo e em constante renovação²⁵.

Partindo do fundamental contributo que para a determinação de sentidos de um qualquer objecto linguístico - para a sua compreensão - representa o sujeito dessa determinação – o intérprete, aquele que compreende -, a doutrina hermenêutica assimilada pela experiência jurídica vem a revelar toda a sua dimensão ética e responsabilizante. Pois se, por um lado, toda a hermenêutica parte de um impulso para compreender, e para compreender o que vem do outro,

24 Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, p. 58.

25 Para Gadamer, o potencial constitutivo que encerra a noção de *applicatio*, enquanto aditamento de sentido, encontra na hermenêutica jurídica um lugar privilegiado. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op. cit.*, 1 vol., pp. 378-414. Sobre a ideia de a partir da análise hermenêutica instituir uma diferente noção de positividade jurídica, ver o nosso *Para uma teoria hermenêutica da justiça*, max. pp. 345 e ss., e a bibliografia aí referida. Fundamental quanto à questão é a obra já citada de Giuseppe Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, max. pp. 52-58. Cfr., igualmente, Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.^a ed., 2010, pp. 67-70.

numa fundamental abertura e receptividade a esse outro, ela assume não apenas a complexidade desse acto de compreensão, marcado por uma complexa rede de contextualidade e consequente incerteza, como reconhece inequivocamente a construção de sentidos resultante como função da natureza situada de quem compreende. De quem interpreta²⁶.

4.2 Hermenêutica e dogmática metodológica

Assim concebido, o acto de compreensão não se compagina nunca com uma mera recepção passiva do objecto a interpretar, e questiona inclusivamente o valor objectivo de regras que pretendam delimitar o próprio *iter* interpretativo. Isto vem, naturalmente, contender com toda a tradição interpretativa do direito, consagrada pelos estados legisladores de oitocentos. Não é apenas a possibilidade de considerar como objectivos e claros os textos legais a interpretar a que se põe em causa. É o próprio relevo das pautas metodológicas que o legislador da modernidade tão diligentemente procurou consagrar que passa a ser encarado com reservas, lançando no espírito dos mais cépticos a semente da desconfiança pelo receio de novamente se cair em inadmissíveis arbitrariedades ou na irracionalidade da experiência prática do direito.

Dissemos antes que a mentalidade jurídica dominante de oitocentos acolheu de braços abertos a doutrina da interpretação negativa, numa clara manifestação de apreço pela superioridade do legislador enquanto representante da vontade colectiva, assim corporizada numa racionalidade positiva incontestável e auto-suficiente. Nos casos em que a literalidade da disposição legislativa não bastasse para alcançar a clareza do seu sentido, haveria ainda assim mecanismos legislativamente cogentes que impediriam a arbitrariedade judicial, conduzindo o intérprete à determinação do mais exacto e correcto sentido imanente à norma. É assim que ao juiz competirá interpretar a norma de acordo com uns critérios hermenêuticos canonizados já em princípios do século XIX, e para cuja doutrina contribuiu decisivamente a obra de Friedrich Karl von Savigny²⁷.

Ora, para a hermenêutica, e de sobremaneira para a hermenêutica de raiz gadameriana, que bebe indubitavelmente dos trabalhos de Heidegger sobre o círculo hermenêutico, uma noção que se configura central a todo o processo de compreensão/interpretação, é a de pré-compreensão. É esta que condiciona todo o acto compreensivo, que o antecipa, que determina os seus resultados concretos. Identifica-se com um conhecimento pré-predicativo que vai referido à irrecusável situacionalidade do acto compreensivo e à radical pertença do intérprete ao ‘ser’ da situação histórico-social²⁸. Com esta ideia visa Gadamer delimitar os próprios sentidos a alcançar no curso do processo hermenêutico, subtraindo-os aos inóspitos domínios da irracionali-

26 Cfr. Francesco D’AGOSTINO, “Interpretación y hermenéutica”, in *Persona y derecho*, n.º 35, 1996, 39-56, pp. 45 e ss..

27 Desde logo a partir dos trabalhos consagrados em *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, pp. 149 e ss..

28 A noção de pré-compreensão é por Gadamer reconduzida a Bultmann, quem a haveria adoptado para referir a relação vital do intérprete com o texto, bem como a sua relação anterior com o tema do mesmo, que seriam ambas pressuposto de todo o acto de compreensão. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op. cit.*, p. 403.

dade ou do puro arbítrio, e isto na medida em que, embora ligada ao intérprete singular – aquele que é chamado a aplicar a disposição abstracta a um caso concreto – a pré-compreensão não configura um elemento de subjectivismo ou um acto individual, antes resultando da participação do intérprete num conjunto de ‘sentidos comuns’, fruto de uma socialização profissional e de uma formação cívica e jurídica, de uma cadeia de interpretações que passam a constituir uma tradição comum.

A subjectividade do jurista intérprete situa-se, pois, no interior de um contexto objectivo, no seio da “identidade estrutural da experiência jurídica no seu unitário sistema de permanência”. Só a partir da radicação neste património comum de experiência e de conhecimento ganha significado o papel activo de quem a vai interpretar, receber e transmitir. Assim se garante a própria racionalidade e coerência dos processos de interpretação jurídica²⁹.

Ora, esta noção de pré-compreensão, aliada à fundamental dependência contextual dos processos de interpretação e da determinação de sentidos das disposições normativas, tem consequências inevitáveis ao nível da própria metodologia e do entendimento que se faz daquelas consagradas pautas hermenêuticas. Poderíamos dizer que a hermenêutica filosófico-jurídica torna transparentes as limitações das regras metodológicas da interpretação no direito, mostrando que aos resultados da compreensão é sempre imanente um momento criativo. A teoria hermenêutica do direito torna mais nítido o facto de a compreensão se fundar na *praxis* da vida, mostrando que as hipóteses apresentadas para a interpretação de um texto não são descobertas através de um processo orientado por regras mas resultam do viver quotidiano, que se imprime no texto que se procura compreender.

Esta uma crítica fundamental que atravessa *Verdade e Método*, apontando Gadamer o erro que terá sido deixar que as regras a que obedece a procura da verdade nas ciências naturais do século XIX invadissem espaços que com elas não se compaginavam. Desde logo os das ciências ditas do espírito, vertidas em formas de experiência em que se expressam verdades que não podem ser verificadas com os meios ao dispor da metodologia científica oitocentista³⁰.

E não se diga que esta reserva com que é encarado o recurso a pautas metódicas na esfera da interpretação levada a cabo nas ciências do espírito, Direito incluído, se vem a traduzir numa entrega ao relativismo ou ao subjectivismo. Os limites, os controles e a racionalidade discursiva estão lá. E estão lá, distribuídos por vários patamares. O facto de se reconhecer a insuficiência do objecto interpretado para justificar os resultados interpretativos não implica um desprezo pelos limites representados por esse mesmo objecto. Como nos ensinou Umberto Eco,

29 Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *op.cit.*, p. xvi. A este propósito, e sobre o modo como a noção de pré-compreensão se entrelaça com o conceito teológico da auto-compreensão, veja-se o texto de GADAMER intitulado “Hermenêutica y Historicismo”, in *Verdad y Método*, I vol.pp. 599 e ss..Cfr., ainda, Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2.^a ed., 2007, max. pp. 636-639.

30 Esta ideia justifica o desabafo do filósofo alemão quando, em 1960, data da publicação da obra *Verdade e Método*, observa que “teremos que penosamente abrir o caminho até essa tradição (retórico-humanística), mostrando em primeiro lugar as dificuldades que oferece para as ciências do espírito a aplicação do moderno conceito de método. Com vista a esse objectivo perseguiremos a questão de saber como se chegou a atrofiar esta tradição e como as pretensões de verdade do conhecimento espiritual-científico caíram com isso sob o padrão do pensamento metódico da ciência moderna, um padrão que lhes era essencialmente estranho”. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op. cit.*, vol.I, p. 54.

o texto permanece sempre parâmetro das suas próprias interpretações³¹. Da mesma forma, a noção vital de pré-compreensão oferece garantias de fidelidade a uma comunidade de sentidos históricos e de expectativas partilhadas que, se se imprimem na subjectividade do intérprete, não deixam de constituir uma plataforma normativa de referência colectiva³².

Naquilo em que se traduz aquela doutrina jurídico-hermenêutica, é na desmistificação da presumível objectividade da interpretação jurídica, e na desvalorização da crença dogmática na superioridade do método jurídico, enquanto duas faces que são de uma mesma realidade. Nisso, e num esforço diligente e inteligente de justificar de modo realista e razoavelmente mais adequado aquela que é a realidade fenomenológica do direito e da jurisdição³³.

4.3 Perversidade da doutrina do *sens clair*: os limites do método jurídico

A obrigação moderna que impende sobre o intérprete do direito de se ater estritamente à lei é absurda, como absurda é a convicção de que a obediência estrita ao método proporcionará indefectíveis garantias de certeza e de verdade científica. Nisto têm razão os autores que apontam o dedo aos efeitos perversos da doutrina do sentido claro dos textos jurídicos. A falsa transparência dos textos jurídicos vai, neste sentido, identificada com um “abrigo aparentemente inocente por trás do qual se pode dissimular o exercício dogmático de um poder que assim oculta ou dissimula os motivos reais das suas decisões, subtraindo-as a todo o controle ou discussão verdadeiramente racionais”³⁴.

A exigência de uma estrita obediência à lei, assente nos pressupostos anteriormente referidos, e aparentemente fundada na noção de Estado de direito, não vem a traduzir-se num cumprimento mais exacto das prescrições legais por parte da jurisprudência, mas sim no artifício que consiste em esta dar a entender que se limita a cumprir as mesmas. Além de que, para satisfazer uma tal obrigação, essa jurisprudência irá camuflar as inseguranças e incertezas representadas pelos factores situacionais e contextuais subjacentes à sua interpretação, sob o manto de uma demonstração de coerência, racionalidade metódica e inevitabilidade.

Os métodos jurídicos podem ser mais ou menos razoáveis, e úteis, mas, a partir do momento em que, como mostra Zaccaria, têm que operar e ser aplicados em condições de incerteza, dependentes do contexto de aplicação do direito, condicionados pela presença da pré-compreensão do intérprete, limitados pela ambiguidade e pela textura aberta da linguagem, não podem ser dotados de uma certeza absoluta. E não podem garantir essa certeza absoluta.

31 Cfr. Umberto ECO, *Os limites da interpretação*, Lisboa, Difel, 1990, p. 60.

32 A natureza potencialmente ideológica e, nessa medida contingente, desta pré-compreensão virá a suscitar vivo debate entre Gadamer e Habermas, para quem o recurso a um *ethos* dominante (como o subjacente à noção de pré-compreensão), por via da interpretação, não constituiria fundamento legítimo ou adequado da validade das decisões jurídicas. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 220; Benoît Frydman, *op. cit.*, pp. 639 e ss..

33 Sobre o tendencial anti-metodologismo gadameriano, veja-se o que tivemos oportunidade de escrever em *Para uma teoria hermenêutica da justiça*, max. pp. 371 a 373 e cap. V., ponto 7; no mesmo sentido, também Ulrich SCHROTH, “Hermenêutica filosófica e jurídica”, in A. KAUFMANN / W. HASSEMER, *op. cit.*, pp. 381 – 403, e ainda Francesco VIOLA / Giuseppe ZACCARIA, *op. cit.*, p. 198.

34 Cfr. Michel VON DE KERCHOVE, “La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique”, in Michel von de Kerchove, dir., *L'Interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1978, p. 49, *apud* Laura MIRAUT MARTÍN, *op. cit.*, p. 398.

Em última análise, a pluralidade de cânones hermenêuticos não possui um carácter jurídico cogente³⁵. E este é um aspecto em que a hermenêutica jurídica se mostra particularmente sensível ao impulso antimetódico de Gadamer e à crítica por este dirigida à intenção oitocentista de reduzir qualquer verdade científica a uma verificabilidade metódica. Protagonizando uma viva resistência à pretensão de universalidade da metodologia científica, aquilo que pretende o filósofo germânico é estudar a experiência da verdade em domínios que ultrapassam aqueles que se mostram mais sensíveis ao controle da metodologia científica³⁶.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto vai dito, resulta a necessidade de convocar a hermenêutica naquilo que possa constituir uma consciência pós-moderna em torno do método jurídico. Implicada irá, como ao longo do texto procurámos mostrar, não propriamente uma rejeição pura e simples de qualquer doutrina metodológica, mas a necessidade de reconfigurar a concepção de método à luz de pressupostos que superam o ideal do formalismo e do procedimentalismo jurídicos oitocentistas de não sujar as mãos com a vida que ao direito cabe regular. Fazendo do condicionamento histórico-cultural da compreensão jurídica, das infra-estruturas do pensamento jurídico e das expectativas de sentido com que são interrogados os textos um problema interno da racionalidade jurídica, aquilo que se propõe é uma concepção mais refinada e mais crítica do problema do método jurídico, que não é senão o problema da racionalidade das soluções jurídicas.

Deste ponto de vista, o método jurídico não se reconduz a uma doutrina jurídica particular e determinada, seja ela de tendência logicista, formalista ou naturalista, antes se encontrando em todas as posições que rejeitam o improvisado e a irracionalidade do direito³⁷. Não é pelo facto de se reconhecer que o raciocínio do intérprete não é passível de ser descrito aprioristicamente ou reconduzível a critérios de lógica silogístico-dedutiva que ele se torna por isso desprovido de regras que o subtraíam ao arbítrio ou à casualidade. As regras são precisamente aquelas que sugere o pensamento hermenêutico, reconhecendo a natureza profundamente ética do acto interpretativo, reconhecendo o condicionamento histórico e a delimitação de possibilidades da dogmática metodológica, e reconhecendo assim, igualmente, o âmbito de liberdade e de dinamismo em que forçosamente se movem os processos da interpretação jurídica. Uma liberdade e um dinamismo que não deixam de ser, assim, informados por um conjunto de constrangimentos que impõe uma aura de racionalidade e de razoabilidade a toda a experiência jurídica enquanto realização de uma justiça material. Uma racionalidade e uma razoabilidade que, desde logo, se vertem e se espelham na necessidade da fundamentação e da motivação de cada decisão interpretativa, operações em que aos tradicionais cânones hermenêuticos caberá

35 Cfr. Giuseppe ZACCARIA / Francesco VIOLA, *op.cit.*, pp. 211 e ss..

36 “À medida que os métodos da ciência se estendem a todo o existente”, diz-nos Gadamer, “torna-se mais duvidoso que os pressupostos da ciência permitam colocar a questão da verdade em todo o seu alcance”. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *op.cit.*, pp. 52; pp. 23-27; 31-74.

37 Cfr. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 2001, p. 29.

porventura um importante papel orientador.

Em larga medida, tem razão Zaccaria quando sublinha que, na senda do antigo ensinamento aristotélico, para Gadamer, e para a hermenêutica, o método se desenvolve e se verifica apenas na medida em que se pratica: aquilo que ele é, mostra-se no seu uso. Ou, invocando as palavras imortais de Antonio Machado, o caminho faz-se ao andar³⁸.

E isto, para terminar, traz-nos à memória um comentário proferido por um velho teólogo alemão, citado por Paulo Cunha nas suas meditações sobre o Código Civil: “deixemos a teoria ser céu e a realidade ser terra”³⁹. Poderíamos dizer que na teoria hermenêutica da interpretação jurídica encontramos uma plataforma de integração que nos permite preservar o melhor daqueles dois mundos pela sua recriação num terceiro: nem pura teoria nem mera *praxis*, mas uma noção alternativa de direito que, superando as limitações de cada uma daquelas polaridades, as caldeie hermeneuticamente num verdadeiro *constituendo* de justiça jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR E SILVA, Joana, **Para uma teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas**, Coimbra, Almedina, 2011.

AMADO, Juan Antonio García. **Filosofía Hermenéutica y Derecho**, p. 1, disponível em: <<http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf>>. Acessado em: 26 jan. 2016.

ANDERSON, Perry, **As origens da pós-modernidade**, Lisboa, Edições 70, 2005

BAUMAN, Zygmunt, **A vida fragmentada. Ensaio sobre a moral pós-moderna**, Lisboa, Relógio d'Água, 2007, p. 18; *Liquid modernity*, Cambridge, Polity Press, 2004

BERGEL, Jean-Louis, **Méthodologie juridique**, PUF, Paris, 2001

BRONZE, Fernando José, **Lições de Introdução ao Direito**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

CASTANHEIRA NEVES, António, **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**— I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

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

38 Cfr. Giuseppe ZACCARIA / Francesco VIOLA, *op. cit.*, p. 223; Joana AGUIAR E SILVA, *op. cit.*, pp. 373 e ss..

39 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..

ano 99 (1967), pp. 8 e ss..

D'AGOSTINO, Francesco, “Interpretación y hermenêutica”, in **Persona y derecho**, n.º 35, 1996, 39-56

ECO, Umberto , **Os limites da interpretação**, Lisboa, Difel, 1990

ESSER, Josef, **Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts**, 1956, trad. esp. Eduardo ValentíFiol, **Princípio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado**, Barcelona, Bosch, 1961

FROSINI, Vittorio, **Teoría de la interpretación jurídica**, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1991

FRYDMAN, Benoît, **Le sens des lois**, Bruxelles, Bruylant, 2.ª ed., 2007

GADAMER, Hans-Georg, **Wahrheit und Methode**, trad. esp. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1977, vols. I e II.

GELLNER, Ernest, **Pós-Modernidade, razão e religião**, Lisboa, Instituto Piaget, 1994

HABERMAS, Jürgen, **Droit et Démocracie. Entre faits et normes**, Paris, Gallimard, 1997

KAUFMANN, Arthur, **Filosofia do Direito**, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª ed., 2010

Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Filosofía Hermenéutica y Derecho*, p. 1, disponível em: <<http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf>>. Acessado em: 26 jan. 2016

LYOTARD, Jean-François, **The Postmodern Condition: a report on knowledge**, Manchester, Manchester University Press, 1997, trad. do francês *La condition postmoderne: rapports sur le savoir*, 1979; Perry Anderson, *As origens da pós-modernidade*, Lisboa, Edições 70, 2005

MIRAUT MARTÍN, Laura, “Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos”, in **Anuario de Filosofía del derecho**, 2002, disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_2002_ANUARIO_DE_FILOSOF%3%8DA_DEL_DERECHO>. Acessado em: 31 jan. 2016.

PRIETO SANCHÍS, Luis , **Apuntes de teoría del Derecho**, Madrid, Editorial Trotta, 2005

ROSS, Alf, **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

SÁNCHEZ RUBIO, M. Aquilina, "La interpretación en el derecho: *in claris non fit interpretatio*", **Anuario de la Facultad de Derecho**, vol. XXII, 2004, 417-435

SAVIGNY, Friedrich Karl von, **System des heutigen Römischen Rechts**, v. I, 1840, trad. doalemãopor 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

ZACCARIA, Giuseppe, **L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea**, Padova, CEDAM, 1990

ZACCARIA, Giuseppe/ VIOLA, Francesco, **Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto**, Roma, Editori Laterza, 2004, 5.^a ed

**HERMENEUTICAL CHALLENGES OF POSTMODERN LEGAL THINKING:
BETWEEN TEXT, NORM AND METHOD / BEYOND THE NEGATIVE
INTERPRETATION**

ABSTRACT

The twentieth and twenty-first centuries brought with it a manifest erosion of the fundamental assumptions upon which the assurances and determinations of scientific knowledge and truth were previously grounded. Resulting from this erosion, the legal-normative body has sought to assimilate within itself the modulations in which, at that level, the hermeneutical developments have been translated, bringing to the surface irrefutable tensions in whose dynamics the Law has been reconstituting itself. The fragmentation and fluidity of the postmodern condition are thus projected in the centrality of the legal-hermeneutic construction processes.

Keywords: Hermeneutics. Postmodernity. Method.