

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA - UM ENSAIO SOBRE INTERPRETAÇÃO E NORMA JURÍDICA[†]

Pedro Tiago da Silva Ferreira

Sumário: 1. Introdução. 2. "Interpretação": um termo antitético? 3. O argumento "contra a teoria". 4. A norma jurídica. 5. O princípio da legalidade e a segurança jurídica.

1. INTRODUÇÃO.



O presente ensaio defende a ideia de que a presença do princípio da legalidade num determinado ordenamento jurídico não garante a existência de segurança jurídica, devido às questões de interpretação e de aplicação das leis aos casos concretos. Contudo, para podermos efectuar este argumento, é necessário analisar, em primeiro lugar, o que é a interpretação de texto. As secções 2 e 3 do presente trabalho são dedicadas a esta discussão. Na secção 4, discute-se o que é, no nosso entender, uma norma jurídica, de forma a demonstrar que não existem normas legais, dado que a interpretação da lei, por si só, não proporciona o surgimento de uma norma; esta só surge quando conjugada com os valores ou princípios do ordenamento jurídico, bem como com os factos de determinado caso concreto. A lei não proporciona, por si só, segurança jurídica porque não se consegue extrair qualquer norma somente a partir da sua letra. A secção 5 do presente trabalho usa as conclusões retiradas das discussões das outras secções para justificar a asserção de que ter, ou não, leis é indiferente no que toca

[†] Relatório da disciplina de Filosofia do Direito do Mestrado Científico em Teoria do Direito.

à questão da previsibilidade do Direito.

2. "INTERPRETAÇÃO": UM TERMO ANTITÉTICO?

É um lugar comum dizer-se que "a interpretação cria Direito", ou seja, que cria normas jurídicas. Atente-se, a este propósito, na seguinte passagem de Hans Kelsen:

Versteht man unter "Interpretation" die erkenntnis-mäßige Feststellung des Sinnes des zu interpretierenden Objektes, so kann das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein, den das zu interpretierende Recht darstellt, und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind. Dann muß die Interpretation eines Gesetzes nicht notwendig zu einer einzigen Entscheidung als der allein richtigen, sondern möglicherweise zu mehreren führen, die alle — sofern sie nur an dem anzuwendenden Gesetz gemessen werden — gleichwertig sind, wenn auch nur eine einzige von ihnen im Akt des rechtsanwendenden Organs, insbesondere des Gerichtes, positives Recht wird. Daß ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als daß es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, daß es *die*, sondern nur, daß es *eine* der individuellen Normen ist, die innerhalb des Rahmens der generellen Norm erzeugt werden können. (Kelsen, p. 349)

Segundo Kelsen, a interpretação fixa uma moldura da qual se extraem possibilidades para se criar uma norma individual, tendo em vista a resolução de um caso concreto. Dando a interpretação da lei como exemplo, o Autor considera que a moldura formada a partir desta mesma interpretação não conduz a uma única solução correcta, mas a várias soluções possíveis. Kelsen defende que uma decisão judicial é fundada na lei quando se enquadra dentro da moldura criada em resultado da interpretação. A interpretação é, nos termos destas asserções, considerada criativa na medida em que, antes da interpretação, não havia moldura, e, sem moldura, não seria possível criar uma norma individual que decidisse o caso concreto.

Em termos kelsenianos, a interpretação é, portanto, necessariamente criadora de Direito, dado que é através da interpretação que se criam as normas individuais que decidem os casos concretos, que fixam o Direito a seguir pelas partes num litígio.

No entanto, nem todos os autores consideram que a interpretação é *sempre* criadora de Direito. Conforme explicita Joseph Raz,

The law is aware of the need for change, and for various methods of change. Innovative legal interpretation allows for change within continuity. It is particularly useful to achieve greater integration, and interstitial adjustment within legal frameworks. (Raz, Interpretation, p. 317)

Para Raz, a interpretação criativa é uma medida útil, visto que ajuda a combater a obsolescência do Direito, bem como a sua desadequação à realidade. Mas não é, segundo o próprio Autor, o único tipo de interpretação:

A successful or good interpretation is a good or true explanation of something which has meaning because it explains or displays that meaning. (...) [A]ll interpretations purport to explain or to display the meaning of an object, meaning by that that they are activities, or the products of activities, whose success is appropriately judged by their success in offering such explanations or displays. (Raz, Interpretation, pp. 299 e 300)

Ao passo que, para Kelsen, a interpretação é inerentemente criadora de Direito, para Raz a interpretação só cria Direito em circunstâncias especiais. Na maior parte das vezes, limita-se a explicar o Direito pré-existente à decisão judicial:

I am not making any claims about when courts have the right or the duty to engage in innovative interpretation. (...) The extent to which the courts in any country actually have such powers depends on the law in that country. (Raz, Interpretation, p. 318)

Se, para alguns autores, como Kelsen, a interpretação cria sempre Direito, ao passo que para outros autores, como Raz, só cria Direito em determinadas circunstâncias, mantendo-se

como um instrumento para explicar, ou descobrir, o Direito posto e pré-existente à decisão judicial na maior parte dos casos, outros autores há para quem a interpretação versa sobre realidades distintas dentro do mundo do Direito:

O problema da interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no actual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão só como *interpretação da lei*, para se pensar como *actus da realização de direito*. E isto significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota; por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstractamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito - em termos de se dizer que esta será o que for aquela -, antes é pela problemática autónoma e específica da realização do direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se altera: de interpretação da lei converte-se em *interpretação do direito*, de novo a *interpretatio legis* se confronta com a *interpretatio iuris*. (Castanheira Neves, p. 11)

Segundo Castanheira Neves, existe uma diferença entre a interpretação da lei e a interpretação do Direito. A primeira determina o sentido da lei, a segunda consubstancia um acto de realização do Direito:

É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se como o acto judicativamente através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal. (Castanheira Neves, pp. 11 e 12)

A interpretação opera, por conseguinte, para este Autor, em duas realidades distintas. A primeira realidade é a interpretação da lei, que dá origem a uma norma legal que, por sua vez, poderá, *possivelmente*, mas não necessariamente, fornecer um critério jurídico para a formulação da norma jurídica que deci-

dirá o caso concreto. Esta norma jurídica é a segunda realidade. Em comparação com a teoria de Kelsen, a doutrina de Castanheira Neves parece oferecer a seguinte novidade: ao passo que, para o primeiro, a interpretação da lei oferece uma moldura geral dentro da qual várias normas individuais, todas igualmente correctas, são produzidas, para o segundo a lei não fornece, impreterivelmente, normas legais que vinculem o julgador na criação das normas individuais, ou no acto de realização do Direito:

A exigência da interpretação jurídica, enquanto tal, não tem fundamento linguístico-hermenêutico-exegético e sim fundamento normativo. O que a faz imprescindível é o acto normativo da utilização metodológica (metodológico-normativa) de um critério jurídico - que, aliás, não tem de ser necessariamente oferecido num texto prescritivo, num texto norma-legal, pois pode decerto provir de uma prática consuetudinária, de uma decisão precedente, etc. - no juízo decisório de um concreto problema normativo-jurídico: a referência desse critério ao mérito deste problema, ou a compreensão-assimilação intencionalmente normativa daquele critério justamente como critério normativo da concreta solução do problema jurídico, é o que, essencialmente, exige e constitui a interpretação jurídica. O que exige e constitui a interpretação jurídica (...) é a intenção normativo-metodológica que convoca e reelabora um critério normativo pressuposto em ordem a uma específica solução normativa concreta. (Castanheira Neves, p. 28)

O que separa, portanto, Kelsen de Castanheira Neves não é o peso relativo que o julgador deve dar à lei em contraposição com outras fontes do Direito, na resolução de um caso concreto, mas sim o entendimento que os dois Autores têm acerca da função da interpretação. Kelsen defende que "[d]ie Verfassung kann aber auch einen bestimmt qualifizierten Tatbestand der Gewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzen" (Kelsen, p. 231), e que, inclusivamente, "hat Gewohnheitsrecht auch einem formellen Verfassungsgesetz gegenüber derogatorische Wirkung." (Kelsen, p. 233) Lei e costume têm, para

ambos os Autores, o mesmo peso, no sentido de que uma das fontes não produz, inerentemente, normas hierarquicamente superiores à da outra. Kelsen afirma que, na realidade, "Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht derogieren einander nach dem Grundsatz der *lex posterior*" (Kelsen, p. 233), embora, pessoalmente, nos pareça mais adequado dizer que o costume e a legislação revogam-se, mutuamente ou não, nos termos da lei e da Constituição de uma determinada ordem jurídica. Sem embargo, para Kelsen, o julgador, na criação da norma individual que decide o caso, atém-se à moldura, legal ou consuetudinária, construída em resultado da interpretação da lei ou do costume; segundo Castanheira Neves, o julgador normalmente vai para além dessa mesma moldura. Kelsen argui que a interpretação cria Direito porque o julgador, na resolução do caso concreto, cria uma das normas individuais que são produzidas a partir da moldura interpretativa que constitui a norma geral. Castanheira Neves defende que a interpretação jurídica cria Direito precisamente porque não se baseia, exclusivamente, na interpretação hermenêutico-exegética da norma geral, de fonte legal, consuetudinária ou jurisprudencial, nos casos em que esta última actue como precedente, o que leva a que a norma jurídica não coincida com a normal legal, consuetudinária ou jurisprudencial. Kelsen afirma que a norma individual é uma das possíveis concretizações da norma legal ou consuetudinária geral, "als daß es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt", e, portanto, corresponde, de certa forma, à norma geral. Castanheira Neves assevera que "[o] que exige e constitui a interpretação jurídica (...) é a intenção normativo-metodológica que convoca e reelabora um critério normativo pressuposto em ordem a uma específica solução normativa concreta", o que significa que, se o critério normativo pressuposto (de fonte legal, consuetudinária ou jurisprudencial) é necessariamente reelaborado pela interpretação, esta fará com que o critério normativo se altere; com efeito, deixa de ser cri-

tério para passar a ser decisão. Deixa de ser norma legal, consuetudinária ou jurisprudencial, meramente orientadora para o julgador, passando a ser norma jurídica, e, por isso mesmo, adquire um aspecto diferente. A interpretação, segundo a concepção de Kelsen, é criadora de Direito porque fornece uma moldura a partir da qual se extrai uma das normas individuais possíveis, que resolvem o caso concreto. Na óptica de Castanheira Neves, a interpretação jurídica cria Direito precisamente porque suplanta o resultado interpretativo dos textos legais, do costume ou das decisões jurisprudenciais pretéritas.

A comparação das ideias acima citadas de Kelsen, Raz e Castanheira Neves leva a uma conclusão intrigante: o termo "interpretação" é utilizado para definir um conceito e o seu oposto. Com efeito, "interpretação" é um vocábulo que, em certas ocasiões, é utilizado para descrever a actividade de quem obtém o sentido das proposições linguísticas contidas em documentos que têm a forma de lei, o que é demonstrado pela alusão de Raz à doutrina "*in claris non fit interpretatio*", ao argumentar que "interpretation is possible only when the meaning of what is interpreted is not obvious" (Raz, *Interpretation*, p. 224). Noutras ocasiões, a palavra "interpretação" é utilizada para descrever a actuação de quem tenta descobrir quais os costumes que vigoram numa determinada comunidade. Em ambos os casos, o termo "interpretação" assume a conotação de "explicação", ou "esclarecimento", de algo que pré-existe à própria actividade interpretativa. Contudo, de forma antitética, a palavra "interpretação" também é usada para designar a actividade de alguém que cria algo de novo, que "reelabora" um critério, ou que institui uma "norma individual" que não existia antes da interpretação. Assim sendo, a palavra "interpretação" é, por vezes, usada para descrever actividades declarativas, sendo, paradoxalmente, utilizada noutras ocasiões para descrever actividades constitutivas. Existe um debate recorrente acerca de qual o papel da função jurisdicional no esquema de sepa-

ração e interdependência de poderes num Estado democrático constitucional de Direito, a saber, se os juízes se devem limitar a aplicar Direito pré-existente, ou se, através das suas decisões, se espera que criem Direito novo. Dado os usos jurídicos do termo "interpretação", este debate poderia, de forma contra-intuitiva, ser formulado através da seguinte proposição: "os juízes devem-se limitar a interpretar o Direito ou deve-lhes ser permitido, igualmente, interpretar o Direito?"

Esta dificuldade poderia ser torneada através do argumento de que a expressão "interpretação jurídica" começou por ser, em geral, usada metonimicamente pelos juristas em relação à actividade que consiste em "resolver questões de Direito", actividade esta que passa tanto pela explicitação do significado de textos considerados como fontes do Direito, como pela criação de soluções não previstas, total ou parcialmente, por essas mesmas fontes, quando tal se justifique, nomeadamente por se chegar à conclusão de que nenhuma fonte pré-existente ao surgimento do caso concreto é adequada, total ou parcialmente, para a sua resolução. Dito por outras palavras, tudo seria "interpretação"; a interpretação teria, por conseguinte, uma função explicativa (declarativa), conforme Raz advoga, e uma função criativa (constitutiva), nos termos defendidos por Castanheira Neves. Kelsen situar-se-ia entre estas duas posições, dado que defende que o jurista, em primeira instância, explicita as interpretações possíveis de uma determinada fonte (função declarativa) para, posteriormente, aplicar um desses resultados interpretativos ao caso concreto, criando uma norma individual para o resolver (função constitutiva). "Interpretar" seria, por conseguinte, um termo aplicável tanto a actividades declarativas como constitutivas. Com o passar do tempo, a relação entre a expressão "interpretação jurídica" e expressões como "resolver uma questão de Direito", "decidir um caso concreto" ou "acto de realização do Direito" terá deixado, gradualmente, de ser uma de metonímia para passar a ser uma de sinonímia. Por

consequente, "interpretar" seria decidir um caso concreto, decidir um caso concreto seria "interpretar".

Esta é, aliás, a concepção contemporaneamente dominante, espelhada por considerações que advogam a existência de "interpretação em sentido estrito" e de "interpretação em sentido lato". Argumenta-se que "interpretação em sentido estrito" é a determinação do sentido hermenêutico de proposições linguísticas contidas numa determinada fonte do Direito. Temos, por conseguinte, a interpretação, em geral, da lei, "regulada"¹ pelo artigo 9.º do Código Civil (CC), e, em especial, e somente a título de exemplo, das leis fiscais, referida no artigo 11.º da Lei Geral Tributária, das leis laborais, cuja interpretação é, supostamente, moldada pelo princípio do "*favor laboratoris*", e das leis penais que, argumenta a doutrina, devem ser interpretadas literalmente, só se admitindo aquilo que é designado por "interpretação extensiva" em casos excepcionais, em obediência ao princípio da tipicidade penal. Para além da interpretação da lei, o ordenamento jurídico faz menção expressa à interpretação de outras fontes do Direito como, por exemplo, à do testamento, que é mencionada no artigo 2187.º do CC, dos negócios jurídicos, plasmada nos artigos 236.º a 238.º do CC, bem como dos demais actos jurídicos, *ex-vi* artigo 295.º do CC.

Considera-se, por outro lado, que a "interpretação em sentido lato" abrange tanto a interpretação em sentido estrito como três outras actividades, a saber:

1) A integração de lacunas. As lacunas dos negócios jurídicos, bem como dos demais actos jurídicos - *ex-vi* artigo 295.º do CC - são integradas de acordo com o previsto no artigo 239.º do CC. As lacunas da lei são integradas, em primeira instância, por aplicação analógica, nos termos dos números 1 e 2 do artigo 10.º do CC, e, na falta de caso análogo, pela aplicação da "norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de

¹ Para um argumento contra a possibilidade de a interpretação ser regulada através de normas jurídicas cf. Ferreira, pp. 44-79.

legislar dentro do espírito do sistema", conforme dispõe o nº 3 do artigo 10.º do CC.

2) A harmonização do resultado interpretativo em sentido estrito, ou da solução encontrada a partir da integração de uma lacuna, com os princípios do ordenamento jurídico, que podem, dependendo do sistema jurídico em questão, incluir, para além dos princípios de Direito interno, princípios gerais de Direito Internacional, comum ou convencional. Esta harmonização daria, por sua vez, lugar a um novo resultado interpretativo.

3) A aplicação do resultado interpretativo em sentido estrito e, quando necessário, dos resultados interpretativos originados pelas actividades descritas em 1) e 2) aos factos de um determinado caso concreto, levando à resolução desse mesmo caso.

Na realidade, é nossa contenção que o que é descrito sob as rubricas "interpretação em sentido estrito" e "interpretação em sentido lato" é, enquanto descrição da actividade de um jurista, inatacável, sendo que a nossa própria descrição do processo de criação de uma norma jurídica, efectuada na secção 4 do presente trabalho, baseia-se nestas mesmas considerações, desenvolvendo-as e esclarecendo-as. Com efeito, conforme acima referido, constata-se que, contemporaneamente, de uma forma geral, o vocábulo "interpretação" é usado, no Direito, como sinónimo de "resolução" ou "decisão"; de um modo geral, os juristas utilizam termos como "decidir um caso concreto" ou "interpretar o Direito" como se fossem sinónimos. Assim, é possível a Raz distinguir entre "interpretações inovadoras" e, à falta de um termo fornecido pelo próprio, "interpretações não-inovadoras", a Castanheira Neves distinguir entre "interpretação legal" e "interpretação jurídica", ou a Kelsen afirmar que a interpretação, simultaneamente, *explicita* o conteúdo de uma fonte ao mesmo tempo que *cria* uma norma individual para resolver um caso concreto. Por esta ordem de ideias, chegamos, uma vez mais, à conclusão de que "resolver

um caso concreto" é "interpretar", "interpretar" é "resolver um caso concreto". Contudo, cremos que a designação "interpretação em sentido lato", usada para rotular as três actividades acima mencionadas, é errónea, dado que nenhuma dessas actividades é, em rigor, interpretativa. O argumento da relação de metonímia/sinonímia entre a expressão "interpretação jurídica" e expressões equivalentes a "resolver uma questão de Direito" não afasta a observação de que o termo "interpretação" é usado, no Direito, de forma antitética. É um facto que resolver uma questão de Direito é um exercício que implica efectuar as duas actividades que, paradoxalmente, são rotuladas de "interpretação em sentido estrito" e "interpretação em sentido lato"; não duvidamos, para além disso, que o papel do julgador inclui tanto uma função declarativa como constitutiva do Direito. O que, todavia, pretendemos realçar é que há uma confusão terminológica que faz com que o termo "interpretação" seja utilizado em relação a duas actividades interligadas mas distintas entre si, a saber, a de "interpretar" e a de "aplicar" o resultado interpretativo a uma das instâncias da prática. Parece-nos que esta confusão terminológica surge a partir da assumpção de que existe uma "interpretação jurídica" com especificidades em relação à "interpretação em geral", e, por conseguinte, distinta, por exemplo, da "interpretação literária" ou da "interpretação teológica". Sem embargo, o que distingue o Direito da Literatura ou da Teologia é a *aplicação* que se faz dos resultados interpretativos, não a forma como se obtém uma interpretação.² Não existe uma diferença de método interpretativo; o que existe é uma diferença ao nível das consequências que a aplicação de uma determinada interpretação poderá produzir quer nas disciplinas em questão, quer na sociedade. De forma a expormos com mais clareza estas ideias, a elucidarmos o que se deve entender por "interpretação", e a explicarmos porque razão consideramos que as actividades comumente designadas por

² Para um desenvolvimento deste argumento, cf. Ferreira, pp. 13-16 e 22-39.

"interpretação em sentido lato" não são, de todo, interpretativas, apresentaremos, seguidamente, o argumento "contra a teoria".

3. O ARGUMENTO "CONTRA A TEORIA".

3.1 A INSEPARABILIDADE ENTRE INTENÇÃO E LINGUAGEM.

Em 1982, Steven Knapp e Walter Benn Michaels elaboraram, num ensaio intitulado *Against Theory*, um argumento segundo o qual o significado de um texto é sempre equivalente à intenção do seu autor. Na génese deste argumento está a ideia de que a intenção e a linguagem são inseparáveis, o que significa que as palavras não têm sentidos em abstracto que existam independentemente da intenção de quem as utilize; na realidade, se certas marcas, postas aleatoriamente juntas umas às outras, formarem aquilo que um falante de uma determinada língua natural reconheça como uma palavra dessa mesma língua, não estaremos perante uma palavra, mas somente perante marcas que *se parecem* com essa mesma palavra. Alguns exemplos poderão ilustrar melhor o ponto deste argumento: imagine-se que um macaco está diante do teclado de um computador, pressionando as teclas. Na medida em que estes animais não são dotados da capacidade de escrever, as teclas são pressionadas ao acaso, sem qualquer intuito de escrever palavras ou de elaborar um texto. É, todavia, provável que este uso do teclado, por parte do macaco, produza, esporadicamente, signos que se assemelhem às palavras de uma língua natural. Dito por outras palavras, é perfeitamente possível que o macaco pressione as seguintes quatro teclas de forma sequencial: C-A-S-A, e, seguidamente, a barra de espaços. Ao fazer isto, o macaco criou uma marca semelhante à da palavra "casa". A razão pela qual lhe chamamos "marca", e não "palavra", pren-

de-se precisamente com o facto de que a marca foi criada sem intenção. O macaco não quis escrever "casa" porque não é dotado da capacidade de escrever. O mesmo raciocínio se aplica à capacidade que os papagaios têm de emitir sons que *se parecem* com os fonemas que compõem as palavras das línguas naturais; naturalmente, o que os papagaios produzem não são "palavras", na medida em que não o fazem intencionalmente, i.e., os sons não são a expressão de um pensamento articulado. Knapp e Michaels, por seu turno, utilizam os exemplos de um poema composto pelo mar e o de um computador que produza marcas semelhantes às das palavras de uma língua natural. (K&M, AT, pp. 727-729) Considerar que macacos, papagaios, ondas do mar ou computadores são capazes de produzir palavras e de elaborar textos depende de uma resposta afirmativa à seguinte questão: as entidades por nós referidas são capazes de ter intenções e de as manifestar através de textos, orais ou escritos? Se sim, então as marcas e sons por si produzidos serão palavras. Se não, então essas mesmas marcas ou sons não serão palavras. "They will merely seem to *resemble* words." (K&M, AT, p. 728)

Em suma, palavras, orações, períodos, frases e parágrafos que, em conjunto, formam um texto, dão expressão a uma unidade indivisível de sentido que é, inerente e inevitavelmente, criada por um agente humano. Dito por outras palavras, aquilo que um intérprete extrai de um texto, independentemente da sua índole, é a manifestação da intenção do seu autor, visto que todos os textos são produzidos por seres humanos, o que nos leva a concluir que o significado de um texto é, e não pode deixar de ser, equivalente àquilo que o seu autor quis dizer no momento em que o redigiu.

A conclusão que se extrai desta linha de raciocínio é, portanto, a seguinte: as marcas que compõem os signos linguísticos utilizados pelos seres humanos na produção de textos não são, em si mesmas, palavras. O que as torna palavras é o seu

uso em actos de fala, que são actos intencionais. Na medida em que as palavras são sempre usadas em actos de fala - só podem ser usadas em actos de fala, dado que, caso contrário, não são palavras - elas têm sempre o significado que lhes seja atribuído por quem as utilize. Há uma objecção óbvia a esta asserção: as palavras definidas nos dicionários não estão a ser usadas em actos de fala. No entanto, esta objecção não procede, visto que *parece* somente que essas palavras não estão a ser usadas em actos de fala; na realidade, estão. Conforme Knapp e Michaels notam, "a dictionary is an index of frequent usages in particular speech acts - not a matrix of abstract, pre-intentional possibilities." (K&M, AT, p. 733, nota 12) As definições presentes nos dicionários são uma menção dos usos mais frequentes das respectivas palavras; não são uma descrição dos seus sentidos possíveis, em abstracto.

3.2 A COMUNICAÇÃO ENQUANTO OBJECTIVO DA UTILIZAÇÃO DA LINGUAGEM.

Estamos em crer que a razão pela qual existe a ilusão de haver uma discrepância entre o sentido de um texto e a intenção do seu autor se prende com o facto de as línguas naturais serem dotadas de um sistema normativo designado para permitir que quem o utilize possa comunicar, i.e., transmitir uma mensagem com sucesso, uma mensagem passível de ser captada pelos receptores da mesma. Por estas razões, diz-se, por exemplo, que "casa" não significa "caneta". Contudo, para que "casa" signifique "casa" segundo as regras da língua portuguesa, o autor tem que ter a intenção de utilizar a palavra "casa" segundo essas mesmas regras. Se um estrangeiro, numa fase inicial da sua aprendizagem da língua portuguesa, erguer uma caneta diante do seu interlocutor e, apontando para esta, lhe perguntar "gostas da minha casa?", a interpretação correcta desta proposição linguística é a de que, nesta circunstância, a

palavra "casa" significa "caneta". Por outro lado, pode haver uma infracção propositada às regras da língua, de tal forma que, referindo-se a uma caneta, um falante diga "comprei uma casa nova", sem esclarecer o seu interlocutor de que, nesta circunstância, a palavra "casa" tem como referente o objecto "caneta". Quando isto acontece, não é possível que se estabeleça comunicação. No entanto, a impossibilidade de comunicação não afecta as intenções do autor, e, por conseguinte, a sua intenção é, exclusivamente, responsável por determinar o sentido dos vocábulos por si utilizados. No fundo, trata-se somente de verificar se o autor tem, ou não, a intenção de seguir as regras da língua na qual produz texto. Quando tal suceda, a intenção do autor estabelece, com sucesso, comunicação. Caso contrário, a comunicação não é possível. Seja como for, a palavra "casa" significa aquilo que o seu autor queira que a mesma signifique, independentemente do sucesso alcançado no estabelecimento da comunicação. Este raciocínio é válido para todas as palavras.

3.3 A INTENÇÃO RELEVANTE.

Naturalmente, os emissores de proposições linguísticas têm, normalmente, a intenção de seguir as regras gramaticais e semânticas da língua na qual produzem textos porque estão interessados em comunicar. O caso da feitura de legislação é, a este propósito, paradigmático, visto que é seguro partir da assumpção de que o autor material de uma lei tem *sempre* a intenção de comunicar; por isso, dizer que um indivíduo está a interpretar a lei só faz sentido se o objecto da interpretação for o de apurar a intenção de quem a redigiu, manifestada através das palavras por si utilizadas. Convém, neste ponto, esclarecer que a intenção relevante é aquela que aflorámos na subsecção anterior, a saber, a intenção com que o autor *usa* as palavras que compõem o texto por si redigido. Desta forma, ao afir-

marmos que o jurista, enquanto intérprete, busca a intenção do autor da lei, não queremos dizer que deva procurar a intenção que cada membro que compõe o órgão legislativo tenha tido ao votar a favor da mesma, visto que esta "intenção" refere-se aos efeitos que a lei, porventura, produzirá no Direito. A "intenção" relevante é aquela que é manifestada pelo *uso* das palavras que compõem o texto legal; a que um indivíduo tenha tido em relação aos efeitos que a aprovação da lei produzirá no Direito é irrelevante, porque este tipo de intenção não incide sobre o *uso* das palavras. Em discussões acerca da relevância da intenção para a interpretação da lei confunde-se, frequentemente, o autor institucional, que é o órgão legislativo, com o autor material, isto é, o indivíduo responsável pela redacção do texto da proposta de lei. O nosso argumento, conforme explicitado na subsecção 3.1, é o de que as palavras que compõem um texto manifestam, necessariamente, a intenção do seu autor, ou seja, *de quem as escreveu*. Assim, é irrelevante, para a interpretação das palavras que compõem o enunciado normativo do artigo 798.º do CC, apurar se os membros do órgão legislativo votaram a favor da promulgação desta disposição devido ao seu sentido de justiça, à convicção de que a medida punitiva substanciada na responsabilização do devedor serve como prevenção geral contra o incumprimento, à crença de que esta é a melhor medida para estabilizar o mundo dos negócios, ou a qualquer outro motivo. Todas estas intenções incidem sobre os *efeitos* que o artigo 798.º poderá, porventura, produzir na resolução de uma questão de Direito. Sem embargo, no que toca à interpretação, a intenção que estas palavras manifestam é a de que o autor material quer que quem falte, com culpa, ao cumprimento de uma obrigação, seja responsabilizado pelo prejuízo que causar à outra parte. A justificação moral, política ou filosófica sob a qual cada membro do órgão legislativo opera ao decidir votar a favor da aprovação desta disposição é indiferente para o *sentido* destas palavras. As "intenções" quanto aos

efeitos que um enunciado normativo produza no Direito não afectam o *sentido linguístico* desse mesmo enunciado. Na medida em que a função dos juristas não passa, somente, por apurar o significado linguístico das proposições contidas nas fontes do Direito, arguimos que decidir um caso concreto não é, meramente, um exercício de interpretação. A intenção relevante para a interpretação é a que é manifestada pelo sentido linguístico das palavras tendo em atenção o seu *uso*. Saber se as demais intenções, que incidem sobre os efeitos que a lei tenha no Direito, são, ou não, relevantes, é uma questão que deve ser decidida pelo legislador e discutida pela teoria do Direito, pela filosofia do Direito e pela doutrina. Esta não é, contudo, uma discussão acerca de interpretação. É um debate acerca da importância jurídica a atribuir às intenções políticas, morais e filosóficas dos membros do órgão legislativo que aprovaram a disposição legal. Estas mesmas intenções, no entanto, não modificam o significado linguístico dos enunciados normativos, que é determinado pelo *uso* que o autor dá às palavras, e, por isso, são irrelevantes para a interpretação.

3.4 AS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO.

O argumento que temos vindo a expor auto-intitula-se "contra a teoria"³ na medida em que as "teorias da interpretação" de texto configuram um "projecto especial" que visa "the attempt to govern interpretations of particular texts by appealing to an account of interpretation in general." (K&M, AT, p. 723) Tal, contudo, só é possível "when theorists fail to recognize the fundamental inseparability of the elements involved" (K&M, AT p. 724), que são, conforme o demonstra as considerações efectuadas na subsecção 3.1, a intenção do autor e o

³ No nosso entender, esta mesma posição não é uma "teoria" na medida em que não pretende *prescrever* a melhor forma de interpretar, mas, ao invés, *descrever* aquilo que todos os intérpretes de um texto fazem *sempre* que interpretam. Sobre o conceito de "teoria" cf. Ferreira, pp. 22-39.

significado do texto por si produzido. Ao assumirem que pode existir uma discrepância entre os significados das palavras (e, inerentemente, dos textos que as mesmas compõem) e a intenção com que os seus autores as quiseram utilizar, os teóricos conseguiram elaborar um vasto corpo de teoria da interpretação de texto cujo objectivo é, precisamente, o de regular, a partir de um ponto de vista externo ao da actividade interpretativa, esta mesma actividade. As várias teorias da interpretação de texto podem ser agrupadas em três grandes grupos: 1) intencionalistas, que defendem que interpretar é apurar a intenção do autor, independentemente do sentido manifestado pelos textos interpretados. 2) Anti-intencionalistas, que argüem que interpretar é determinar o sentido de um texto independentemente de qual tenha sido a intenção do seu autor ao elaborá-lo. 3) Anti-fundacionalistas, para quem os textos significam aquilo que o intérprete, ou a comunidade à qual ele pertence, veja neles.

3.5 A AUSÊNCIA DE MÉTODO.

Visto que o significado de um texto e a intenção do seu autor são dois termos para a mesma coisa, dado que o texto significa aquilo que o seu autor queira que ele signifique, e que as idiosincrasias do intérprete são inelimináveis - o intérprete não se consegue afastar das suas crenças, o que inevitavelmente leva a que as suas interpretações tenham um cunho subjectivo -, não vemos que escolhas existam sob as quais possa incidir qualquer metodologia; todos os intérpretes, para utilizarmos terminologia teórica, são simultaneamente intencionalistas, anti-intencionalistas e anti-fundacionalistas. Todos os intérpretes chegam à conclusão de que um texto significa aquilo que, na sua própria opinião, o texto signifique. Nunca nenhum intérprete formulará uma conclusão nos seguintes termos: "na minha opinião, o texto diz X, mas eu sei que, na realidade, o significado do texto é Y". Se o intérprete sabe que o texto, na

realidade, significa Y, tal acontece porque, na sua própria opinião, o texto significa Y. Um texto significa, por conseguinte, aquilo que o intérprete ache que o mesmo signifique; na medida em que, todavia, estejamos perante um exercício de interpretação, aquilo que o intérprete ache que o texto significa é o que, para ele, as palavras por si analisadas transmitem. Estas mesmas palavras, por sua vez, transmitem sempre a intenção do autor.

Esta posição descreve a forma de interpretar textos; na medida em que todas as áreas sobre as quais o conhecimento humano versa utilizam a linguagem, o "método" de interpretar é sempre o mesmo em todas as áreas do conhecimento, o que significa que não estamos, na realidade, perante um "método"; falar da existência de "método" pressupõe que existam escolhas, que haja fórmulas de trabalho mais indicadas do que outras para atingir determinados fins. No caso da interpretação de textos, tal não acontece. Na medida em que interpretar um texto é apurar a intenção do seu autor, a qual é manifestada pelas palavras que compõem o texto por si criado, não é possível falar de "método" porque não existem escolhas.

3.6 O PAPEL DO INTÉRPRETE.

Poder-se-ia objectar, contudo, que nada impede um leitor de postergar o sentido do texto e de ir para além da intenção do autor. Com efeito, continuaria a objecção, um intérprete é livre de interpretar como bem entenda, desde que consiga oferecer bons argumentos, não no sentido de *provar* o significado do texto, que transmite a intenção do autor, mas de *convencer* os seus pares de que a sua interpretação é sólida, independentemente de ser efectivamente verdadeira. Em relação a isto, poderemos considerar, a título de exemplo, a actividade "interpretativa" dos advogados, cuja função é, perante um juiz, a de arguir a favor da "interpretação" que melhor defenda os inte-

resses do seu constituinte, independentemente de a mesma ser a "interpretação" verdadeira, cuja descoberta está somente a cargo do juiz - razão pela qual, normalmente, os ordenamentos jurídicos contêm o princípio "*iura novit curia*", previsto, entre nós, no artigo 664.º do Código de Processo Civil.

Não disputamos que um leitor possa, de facto, se assim o entender, ignorar a intenção do autor de um texto, manifestada através do sentido das palavras por si utilizadas. Não cremos, contudo, que um leitor que faça isto se comporte como um intérprete:

A reader (...) is left with two choices. One can either go on interpreting, in which case it makes no sense to go beyond the author's intended meaning; or one can go beyond intention, in which case it makes no sense to claim that one is still trying to interpret a particular text. Nothing in our account of interpretation, of course, tells you which choice to make. For our point has never been that anyone should try to discover what some author or authors intended; our point has always been that there is no plausible way to make sense of the claim that figuring out the meaning of a text can ever mean doing anything else. (K&M, Reply, p. 193)

A leitura de um texto não tem, necessariamente, que passar pela sua interpretação. Um investigador pode, por exemplo, estar apenas interessado em fazer um levantamento estatístico do uso de certas palavras no meio académico, trabalho esse que não exigiria qualquer interpretação dos textos em análise. "Interpretação", por conseguinte, é um termo que designa a actividade de quem procura *obter a intenção de um autor, manifestada através do sentido das palavras por si utilizadas na composição de um texto*. Ao defender os interesses do seu constituinte, um advogado poderá, portanto, encontrar-se numa posição em que seja forçado a produzir um argumento, baseado num enunciado normativo, que contrarie a sua posição doutrinária e académica em relação ao assunto "*sub iudice*". Nestes casos, um advogado pensará para consigo mesmo algo como "eu sei que a lei diz X, mas, como neste caso concreto, os inte-

resses do meu constituinte ficam melhor assegurados se eu defender que a lei diz Y, irei arguir a favor de uma interpretação Y da lei em questão." Não disputando que a prática da advocacia passa, legítima e necessariamente, por considerações deste género, estamos, todavia, em crer que quando um advogado se encontra nesta posição não está a efectuar um exercício de interpretação; na medida em que um advogado argua que a lei tem um sentido que o próprio não reconhece como estando presente na sua letra, o que o advogado está a fazer é a criar um texto diferente. Criar um texto diferente não é interpretar. Reiteramos, uma vez mais, que não nos parece que isto seja antiético, visto que a análise do significado de um texto não produz verdades ontológicas; dito por outras palavras, o significado de uma lei não é um facto. É um exercício intelectual que pode ser desconsiderado pelo juiz da causa que, esse sim, tem o dever ético e jurídico de interpretar, e não de oferecer um parecer que possa ser logicamente válido mas cujo conteúdo não coincida com o significado da lei. O papel dos advogados não é o de fornecer "verdades interpretativas", mas sim o de construir argumentos logicamente válidos e juridicamente plausíveis em benefício dos seus constituintes.

Com isto, não estamos a dizer que um advogado possa, pura e simplesmente, abdicar da interpretação; o ponto onde queremos chegar é o de que, quando o resultado interpretativo seja desfavorável aos interesses do seu constituinte, o advogado deverá, ética e legitimamente, procurar uma solução lógica e juridicamente válida de forma a defender esses mesmos interesses. Na medida em que esta mesma solução contrarie o significado da lei, que é necessariamente obtido por via interpretativa, o exercício intelectual do advogado não se enquadra naquilo que entendemos por "interpretação", i.e., apurar a intenção do autor, que é manifestada através das palavras do seu texto. Os advogados, em particular, e os juristas, em geral, têm legitimidade para propor uma solução para o caso concreto

que não coincida com aquilo que eles próprios entendam como sendo a intenção de quem redigiu a lei aplicável ao caso. O que pretendemos, simplesmente, realçar é que este tipo de exercício intelectual começa com a interpretação, mas não se esgota nela, razão pela qual afirmamos que *resolver* uma questão de Direito é uma actividade que vai muito para além da *interpretação* das fontes aplicáveis ao caso.

3.7 O USO CORRECTO DO VOCÁBULO "INTERPRETAÇÃO".

Por estes motivos, entendemos que utilizar a expressão "interpretação jurídica" como sinónima de expressões como "decidir um caso concreto", "resolver uma questão de Direito" ou "realização do Direito" cria confusões de cariz terminológico, visto que propicia e fomenta, conforme mencionámos *supra*, a ideia de que "interpretar" e "aplicar" o Direito são uma única e mesma actividade incluída no rótulo "interpretação em sentido lato".⁴ Com efeito, resolver uma questão de Direito engloba "interpretar" e "aplicar" o Direito. Neste sentido, é verdade que uma das actividades não ocorre sem a outra. O "acto de realização do Direito" é um acto interpretativo e aplicativo. É por esta razão que, no nosso entender, se perde rigor terminológico ao utilizar-se a expressão "interpretação jurídi-

⁴ O reconhecimento da existência de "interpretação em sentido estrito" e de "interpretação em sentido lato" - a "aplicação" faz parte da última - não deixa de ser sintomático de que mesmo os defensores da incidibilidade entre "interpretação" e "aplicação" não deixam de reconhecer que existe um "espaço" entre as duas actividades, não se tratando, simplesmente, de dois termos distintos para a mesma coisa. Não concordamos igualmente com o argumento de que o que torna estas duas actividades inseparáveis é o facto de uma não ocorrer sem a outra. Com efeito, não pode haver "aplicação" sem "interpretação" prévia (mesmo no caso em que o julgador se veja obrigado a integrar uma lacuna através da criação de uma norma, já teve que interpretar todas as fontes pré-existentes ao caso de forma a concluir que nenhuma delas lhe é aplicável), mas o contrário não é verdade. A doutrina, por exemplo, interpreta frequentemente enunciados normativos sem, posteriormente, aplicar esses mesmos resultados interpretativos aos factos de um caso concreto.

ca" como sinónima de "acto de realização do Direito", na medida em que o *acto* de realização do Direito consiste em *interpretar* e *aplicar* o Direito. No entanto, "aplicar" não é "interpretar". "Aplicar" é decidir, entre outras coisas, o que fazer com uma interpretação. Por isso, chamar "interpretação jurídica" à "resolução de uma questão de Direito" gera contradições terminológicas, como a que se constata que existe quando se defende que a "interpretação" tem uma função declarativa e uma função constitutiva. Isto equivale a dizer que a "interpretação" é uma coisa e o seu oposto.

Em suma, a actividade de um jurista não é somente a de apurar o significado dos textos que constituem as fontes do Direito. O jurista, na resolução de uma questão de Direito, tem, por vezes, de ir para além da intenção do legislador, ou da intenção do juiz que formulou um precedente vinculativo. Na medida em que isto seja feito, a função do julgador requer algo mais do que declarar o sentido hermenêutico-exegético de um determinado texto configurado como fonte do Direito. Isto implica que seja necessário, por vezes, ir para além do significado dos textos e das intenções dos respectivos autores, o que nos leva a considerar que esta actividade, na sua globalidade, não é um exercício de interpretação. Dito por outras palavras, na medida em que o objecto de análise de um leitor passe por descartar o significado de um texto, que transmite a intenção do seu autor, a actividade do leitor deixa de ser interpretativa. Conforme Knapp e Michaels dizem, "[a]t the center of our account of interpretation is the view that an interest in the meaning of any text - when it really is an interest in the text's meaning and not in something else - can never be anything other than an interest in what the text's author or authors intended it to mean." (K&M, Reply, p. 187) A interpretação versa, por isso, sobre o significado de um texto, que transmite, necessariamente, as intenções do seu autor. Não versa sobre outras questões. A resolução de uma questão de Direito, por outro

lado, incide sobre questões que não são *exclusivamente* de prática interpretativa, como, por exemplo, a de saber se os factos se podem enquadrar no resultado interpretativo de uma das fontes, ou quais as consequências que a decisão produzirá, quer para as partes, quer para o Direito em geral, neste último caso se as decisões fixarem precedentes vinculativos. A criação de normas jurídicas é uma actividade constitutiva que começa na interpretação sem, contudo, se esgotar na mesma. A interpretação do texto de uma fonte do Direito é condição necessária, mas está muito longe de ser condição suficiente para a resolução de um caso concreto.

3.8 O FALHANÇO DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO.

Assim sendo, a teoria da interpretação é um projecto irrealizável, dado que o intérprete não pode escolher entre a intenção do autor e o significado do seu texto; na realidade, descobrir um acarreta descobrir o outro, visto que a intenção e o significado são incidíveis. Não se trata, por conseguinte, de defender que a interpretação correcta é aquela que privilegia a intenção do autor em detrimento do significado intrínseco do texto; a posição do argumento "contra a teoria" é a de que tal alternativa não existe. A intenção do autor *só* pode ser descoberta através do sentido das palavras do texto, sendo que este mesmo sentido é criado *somente* pela intenção do autor. Ir para além da intenção do autor implica que se deixe de fazer interpretação.

Na próxima secção, explicaremos em detalhe aquele que é, no nosso entender, o processo de formulação de uma "norma individual" ou de uma "norma jurídica", no sentido que Kelsen e Castanheira Neves dão, respectivamente, a estas expressões, procurando demonstrar que este mesmo processo começa com a "interpretação", no sentido que Knapp e Michaels dão ao termo, mas segue com a realização de tarefas que não são, de

todo, interpretativas. Conforme esclarecemos ao longo da presente secção, a razão pela qual essas mesmas tarefas são apelidadas de "interpretativas" prende-se com o facto de se considerar que o objecto da "interpretação" pode passar, para além da busca pela intenção do autor de um texto, manifestada através das palavras por si utilizadas, por outros desideratos, o que, estamos em crer, é manifestamente errado, pelas razões acima aduzidas.

4. A NORMA JURÍDICA.

Na presente secção, pretendemos descrever aquele que é, no nosso entender, o processo de criação de uma "norma jurídica". Começaremos, contudo, por fazer um excuro que visa demonstrar que o termo "norma" é, tal como o termo "interpretação", usado para designar realidades bastante diferentes entre si, o que acaba, igualmente, por criar confusões de cariz terminológico que dificultam a descrição do processo de resolução de uma questão de Direito, i.e., o processo de criação de uma norma jurídica. É um facto que, ao contrário do que sucede com o uso do vocábulo "interpretação", o termo "norma" não é usado de forma antitética; contudo, é usado com referência a realidades diferentes. Isto tem levado alguns autores a mostrarem a sua perplexidade em relação ao facto de as definições de "norma" até então avançadas serem incompletas, em virtude de não justificarem todas as funções que as "normas" executam no ordenamento jurídico. No nosso entender, tal sucede não em resultado de deficientes formulações por parte dos autores que se debruçam acerca destas questões, mas sim em consequência de ninguém ponderar que o uso do termo "norma" é desadequado para designar aquilo que, no nosso entender, não são normas, mas somente "resultados interpretativos" de uma fonte do Direito.

Existe a concepção de que a interpretação de uma lei

produz uma "norma legal", a de um costume uma "norma consuetudinária", e a de uma decisão judicial uma "norma jurisprudencial".

A noção de que a resolução de uma questão de Direito implica ir muito para além da produção deste tipo de "normas" não é nova. Miguel Reale, por exemplo, argui que o jurista tem que levar em linha de conta o facto, o valor e a norma na resolução de um caso concreto:

[A] estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de facto, referida a valores determinados. (Reale, *Filosofia* p. 511)

O jurista tem, portanto, que adoptar uma perspectiva sociológica, filosófica e jurídica:

Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: — facto, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra Direito pode ser apreciada, por abstracção, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes:

1) o Direito como valor do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito;

2) o Direito como norma ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico;

3) o Direito como facto social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica. (Reale, *Filosofia*, p. 509)

Facto, valor e norma são independentes entre si, mas têm que ser globalmente considerados, na medida em que as "normas" procuram realizar um determinado valor numa determinada sociedade. Segundo a teoria tridimensional do Direito de Reale, resolver uma questão de Direito não é, por conseguinte, produzir somente uma "norma" através da interpretação; é necessário, igualmente, apurar que valores essa "norma" pretende realizar, bem como o impacte que a mesma produzirá, em primeira instância, se aplicada ao caso concreto, tendo em

atenção os factos do mesmo, nas vidas das partes, bem como na vida da sociedade em geral, no caso de a decisão fixar um precedente vinculativo. Em suma, "*é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores.*" (Reale, Filosofia, p. 513, itálicos no original) A teoria tridimensional do Direito põe em evidência o facto de que a coercividade inerente a uma "norma" de Direito não implica, necessariamente, que a mesma seja aplicada mecânica e absolutamente, sem ter em atenção factores extra-jurídicos, como sociológicos, filosóficos ou morais. Com efeito, se um jurista decidir "resolver" um caso concreto tendo apenas em atenção o resultado interpretativo que é, do nosso ponto de vista, erroneamente designado por "norma" legal, consuetudinária ou jurisprudencial, descartando o facto e o valor, o jurista não está sequer a oferecer uma resolução. Está a efectuar um exercício de interpretação, que, conforme temos vindo a arguir, é insuficiente para decidir uma questão de Direito. Resolver uma questão de Direito é, *sempre*, em todas as ocasiões, interpretar uma fonte e harmonizar esse resultado interpretativo com os valores da sociedade e com as circunstâncias que os factos de um caso concreto demonstrem. É possível pensar nestes três elementos de forma separada, da mesma forma que é possível pensar que existe uma diferença entre sentido do texto e intenção do autor. Contudo, tal como não se pode interpretar, na prática, descartando um destes dois elementos, independentemente do que digam as teorias, não se pode resolver, *na prática*, uma questão de Direito se se ignorar quer o facto, o valor ou aquilo que Reale designa impropriamente por "norma". No que concerne à actividade que designamos por "resolução de uma questão de Direito", estes três elementos são inseparáveis. Separar um deles dos outros dois implica que o jurista se deixe de comportar como jurista porque deixa de estar interessado em resolver um caso concreto. Por este ponto de vista, é, naturalmente, possível separar estes três

elementos. Contudo, se tal for feito, o jurista converte-se em exegeta, sociólogo ou filósofo, e deixa de estar a resolver uma questão de Direito para passar a efectuar um exercício de interpretação textual, de sociologia ou de filosofia.

Assim sendo, o único ponto de contenção que temos para com a posição de Miguel Reale é o de que este Autor inclui as "normas" ao mesmo nível dos factos e dos valores. Estamos, contudo, em crer que a diferença entre o nosso entendimento e o de Reale é essencialmente terminológica. Em todo o caso, esta diferença é importante, na medida em que o uso desadequado do termo "norma" em referência a realidades díspares entre si ajuda a fomentar a ilusão de que os juristas dispõem de várias metodologias concorrentes para executarem a sua actividade, o que é ilustrado pelo facto de que existem teorias que se opõem à "teoria"⁵ tridimensional do Direito. Com efeito, o uso do vocábulo "norma" como designando algo a que se pode dar maior ou menor peso quando ponderado ao lado de "factos" e de "valores", contribui, no nosso entender, para criar a ilusão de que é possível, a um jurista, enveredar por caminhos metodológicos diferentes, i.e., dar maior preponderância ao facto, ao valor ou à norma, descartar um ou dois destes elementos, etc.⁶ Assume-se, correctamente, que uma norma visa regular a convivência dos indivíduos em sociedade. Considera-se, erradamente, que a mesma surge somente a partir da interpretação de uma determinada fonte do Direito. O que a interpretação da lei, do costume, de uma decisão judicial ou de qualquer outro texto que seja considerado fonte do Direito produz é um "resultado interpretativo". A conjugação deste resultado interpretativo

⁵ Com efeito, não consideramos que a posição de Reale seja uma teoria, na medida em que é *descritiva* daquilo que os juristas fazem *sempre* que estão a resolver casos concretos, e não *prescritiva* no sentido de orientar os juristas acerca de como *devem* decidir questões de Direito. Sobre o conceito de "teoria", cf. Ferreira, pp. 22-39.

⁶ Algumas das teorias tridimensionais rivais da versão de Reale argüem, precisamente, que nem sempre existe complementaridade entre os três factores. Cf. Reale, Teoria, pp. 41-65 e pp. 79-87.

com os "factos" e os "valores", por sua vez, dá origem a uma "norma jurídica" ou a uma "norma individual", para utilizar as expressões de Castanheira Neves e Kelsen, respectivamente. Em nosso entender, a terminologia de Kelsen induz em erro na medida em que pressupõe a existência de "normas gerais", a partir das quais se extrai a moldura que possibilitará a criação da "norma individual". Não concordamos com o termo tradicional "norma geral", não por negarmos o carácter geral e abstracto das proposições linguísticas contidas em leis, decisões judiciais ou utilizadas na descrição de um costume, mas sim porque estas mesmas proposições linguísticas não são, em si mesmas, "normas", dado que, só por si, não têm a capacidade de regular a convivência dos indivíduos em sociedade.

As "normas", na acepção tradicionalmente dada a este termo, não têm, necessariamente, de ser de fonte institucional. Conforme observa Neil MacCormick, a prática informal de se formar fila para se obter a prestação de um determinado serviço é normativa:

[W]here there is a queue for something you want, you ought to take your turn in it, and people who do take their turn do so because in their opinion that is what one ought to do - that is, ought to do in the given context. Such an action-guiding 'ought' alerts us to the presence of some kind of norm, and to the normative character of the opinions that people hold in such a setting. Interestingly enough, such a normative practice and such a normative opinion can exist and be quite viable even in the absence of any single canonically formulated or formulable rule that everybody could cite as the rule about queuing. People know how to queue, and can tell cases of queue-jumping, and protest about them, even if they have never articulated exactly what their governing norm is. (MacCormick, p. 15)

MacCormick designa este tipo de práticas como "informal normative practices" (MacCormick, p. 19), que têm, na sua génese, uma (ou várias) "implicit norm" (MacCormick, p. 15). Estas práticas normativas informais constituem uma "informal normative order" (MacCormick, p. 19). Desta forma, existem

práticas normativas informais como, por exemplo, a de um indivíduo se colocar atrás de todas as pessoas que estão à espera de obter um determinado serviço, ou, em alternativa, a de retirar um papel com um número indicativo de quando será atendido, aguardando ordeiramente pela sua vez, sem tentar, por qualquer subterfúgio, ser atendido antes que essa mesma vez chegue. Estas práticas normativas informais, constituídas por normas implícitas, constituem, por sua vez, ordens normativas informais. Formar fila é um exemplo de uma destas ordens normativas: "It is a 'normative order' because, or to the extent that, one can account for it by reference to the fact that actors are guiding what they do by reference to an opinion concerning what they and others ought to do." (MacCormick, p. 16) A "opinião" à qual MacCormick se refere, na citação, não é extraída de um texto, mas sim de uma prática social reiterada. Esta prática social reiterada resultará, com o passar do tempo, num "costume", na medida em que a mesma acarrete uma "convicção da obrigatoriedade da conduta que é objecto de repetição ao longo do tempo". (S&G, p. 150) Visto que o costume é formado por normas implícitas, a diferença entre este e a lei é de grau, e não de espécie. Tanto a lei como o costume postulam "normas", na acepção tradicionalmente dada ao termo, sendo que a principal diferença consiste no facto de que, "[u]nlike informal norms or conventions, explicitly made rules have an expressly promulgated text." (MacCormick, p. 23) As "normas" consuetudinárias não são extraídas a partir de qualquer texto, mas sim de "practices based on mutual expectations and beliefs" (MacCormick, p. 23), ao passo que as "normas" legais têm um texto que lhes serve de base.

Por aqui já se começa a vislumbrar que o termo "norma" refere-se, pelo menos, a duas realidades distintas: pode ser, por um lado, algo que emerge a partir de uma prática reiterada que os indivíduos que a efectuam creiam ser obrigatória. Por outro lado, pode emanar de um texto. Se o presente trabalho consis-

tisse na elaboração de uma teoria da norma, o próximo passo a seguir seria o de analisar o que é que confere ao texto legal a "autoridade" para produzir uma "norma". Se a autoridade da "norma" costumeira nasce a partir da convicção de obrigatoriedade que acompanha a prática reiterada em questão - independentemente da forma como essa mesma convicção seja originada -, poder-se-ia perguntar, seguidamente, "o que é que torna a "norma" legal obrigatória?" Com efeito, os textos, sendo compostos por proposições linguísticas, não contêm, em si mesmos, quaisquer propriedades intrínsecas que os tornem aptos a criar "normas" legais. Assim sendo, é seguro concluir que a "autoridade" que fixa a "norma" é extrínseca ao texto. Os propósitos do presente ensaio, todavia, não passam por analisar de onde vem esta autoridade. Basta-nos constatar que, independentemente de onde a legislação derive a sua autoridade, o termo "norma" é, habitualmente, referido a algo que se extrai quer de uma prática reiterada considerada obrigatória pelos indivíduos de uma determinada comunidade, quer de textos que têm a força de "lei", e, por conseguinte, são autoritários. Apesar de derivar de duas realidades distintas entre si, o vocábulo "norma" é aplicado em alusão a algo que ambas as realidades produzem, a saber, aquilo que Raz denomina "protected reasons for an action", que surgem quando "the same fact is both a reason for an action and an (exclusionary) reason for disregarding reasons against it" (Raz, Authority, p. 18), ou que Kelsen define como "daß etwas sein oder geschehen, insbesondere daß sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten soll" (Kelsen, p. 4), isto é, uma injunção acerca de como os indivíduos submetidos à autoridade de uma ordem jurídica se devem comportar.

Esta noção de "norma" como uma moldura, ou padrão, cuja função se prende com a regulação da conduta do indivíduo é tributária do pensamento de John Austin, para quem "laws or rules, properly so called, are a *species* of command." (Austin, p. 21) Esta é, para Austin, uma característica que todas as leis ou regras ("normas",

no sentido tradicional do termo) têm. Austin, seguidamente, esclarece o que se deve entender por "comando":

If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the *expression* or *intimation* of your wish is a *command*. A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded. (Austin, p. 21)

Os efeitos desta doutrina notam-se no pensamento de Kelsen, que menciona que às "normas" se ligam sanções:

[K]ann eine Gesellschaftsordnung — und dies ist bei einer Rechtsordnung der Fall - ein bestimmtes Verhalten gerade dadurch gebieten, daß sie an das gegenteilige Verhalten einen Nachteil, (...) das ist eine Strafe im weitesten Sinne des Wortes, knüpft; so daß ein bestimmtes Verhalten im Sinne dieser Gesellschaftsordnung als geboten, und das heißt im Falle einer Rechtsordnung als rechtlich geboten nur insoferne angesehen werden kann, als das gegenteilige Verhalten Bedingung einer Sanktion (im engeren Sinne) ist. Wenn eine Gesellschaftsordnung, wie die Rechtsordnung, ein Verhalten dadurch gebietet, daß sie für den Fall des gegenteiligen Verhaltens eine Sanktion als gesollt statuiert, kann man diese Sachlage in einem Satze beschreiben, der aussagt, daß im Falle eines bestimmten Verhaltens eine bestimmte Sanktion eintreten soll. (Kelsen, p. 26)

Apesar da componente sancionatória da definição de "norma" propugnada por Kelsen, e que, conforme referido, é tributária do pensamento de Austin, a noção kelseniana de "norma" vai para além do facto de esta consistir, somente, num "comando"; com efeito, "Norm kann nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und insbesondere ermächtigen." (Kelsen, p. 5) Existem, portanto, "normas" permissivas e "normas" que "habilitam", ou seja, conferem competência a determinado órgão. Assim sendo, "'Norm" ist der Sinn eines Aktes, mit dem ein Verhalten geboten oder erlaubt, insbesondere ermächtigt wird." (Kelsen, p. 5)

Levando em linha de conta estas considerações, neste ponto da discussão é notório que o termo "norma" é tradicionalmente aplicado a algo que surge em consequência, por um lado, de uma prática reiterada dotada de uma convicção de obrigatoriedade, e, por outro lado, de textos cuja autoridade deriva do facto de terem força de "lei". Para além disso, as

"normas" podem consistir em ordens/comandos, em permissões ou em habilitações de competência. Mais do que constatar simplesmente que o termo "norma" tem uma pluralidade de sentidos - ou, em concordância com o argumento "contra a teoria", que tem vários usos possíveis -, será mais pertinente a constatação de que o termo "norma" é, tradicionalmente, aplicado a realidades distintas. Não só surge, pelo menos, de duas fontes cuja relação entre si não é, *prima facie*, óbvia - a "norma" costumeira é convencional, é formada ao longo de um certo período de tempo, exigindo um grau de consensualidade altamente elevado, e não se encontra reduzida a escrito, ao passo que a legal é institucional, produz efeitos imediatos a partir da sua entrada em vigor, não exige um alto grau de consensualidade bastando, para a sua criação, a existência de uma maioria simples no órgão legislativo competente, e é sempre reduzida a escrito -, como tem por finalidade proibir ou tornar obrigatórias certas condutas dos destinatários, mas, igualmente, permitir outras condutas, e habilitar certos órgãos a produzir outras "normas". Dito por outras palavras, a "norma" não só pauta a conduta dos destinatários, no sentido de os proibir ou obrigar a executar certos actos, como também a regula, no sentido de lhes dizer o que deve ser feito se quiserem executar actos que lhes são totalmente opcionais - v.g., negócios jurídicos -, como os habilita a produzirem outras "normas", quer de densificação das "normas" constitucionais ou legislativas, quer de aplicação, aos casos concretos, de todas as "normas" existentes no ordenamento jurídico, sejam elas constitucionais, legais, administrativas ou consuetudinárias.

O que se nos afigura curioso é o facto de os autores não disputarem a adequação do termo "norma" para designar, simultaneamente, todas estas realidades. Com efeito, "norma" é, tradicionalmente, um termo que se refere ao produto das duas fontes acima mencionadas, consuetudinária e legal, e às três finalidades desse mesmo produto: a de tornar uma conduta injuntiva (proibida ou obrigatória), permissiva (o agente tem a discricionariedade de se conduzir de determinada maneira), e de determinar quem tem a competência para produzir estes dois tipos de "normas". Autores como H.L.A. Hart e MacCormick, por exemplo, não abordam sequer a possibilidade de o termo "norma" não ser apropriado para designar reali-

dades cujas fontes e finalidades são tão distintas entre si. O pensamento de Hart não vai no sentido de demonstrar que o termo "norma" é inadequado para designar o produto destas fontes e as suas diversas finalidades; ao invés, Hart argui que a definição de norma, em termos austinianos, é desadequada por ser incompleta, isto é, por não abarcar todas as realidades e finalidades acima identificadas:

[T]he law of any modern country regulates the conduct of populations inhabiting territories with fairly well-defined geographical limits. Within the territory of each country there may be many different persons or bodies of persons giving general orders backed by threats and receiving habitual obedience.⁷ But we should distinguish some of these persons or bodies (e.g. the LCC or a minister exercising what we term powers of delegated legislation) as subordinate lawmakers in contrast to the Queen in Parliament who is supreme.⁸ We can express this relationship in the simple terminology of habits by saying that whereas the Queen in Parliament in making laws obeys no one habitually, the subordinate lawmakers keep within limits statutorily prescribed and so may be said in making law to be agents of the Queen in Parliament. (Hart, pp. 24 e 25)

Os "legisladores subordinados" que Hart menciona, cuja autoridade é conferida e delimitada pelas leis do legislador subordinado apenas à "*rule of recognition*" que confere validade às "*primary rules of obligation*" (Hart, pp. 100 e ss.) correspondem aos indivíduos a quem, segundo Kelsen, a ordem jurídica confere competência para produzir "normas":

In einem positiven Sinne ist menschliches Verhalten auch geregelt, wenn ein Mensch durch die normative Ordnung ermächtigt wird, durch eine bestimmte Handlung bestimmte von der Ordnung normierte Folgen herbeizuführen, insbesondere — wenn die Ordnung ihre eigene Erzeugung regelt — Normen zu erzeugen oder an der Erzeugung von Normen mitzuwirken; oder wenn durch die Zwangsakte statuierende Rechtsordnung ein Mensch ermächtigt wird, diese Zwangsakte unter den von der Rechtsordnung statuierten

⁷ Esta é a definição austiniana de "norma".

⁸ Hart, no capítulo IV de *The Concept of Law*, rebate esta concepção da existência de um soberano por trás da ordem jurídica. Para os propósitos do presente trabalho, o ponto que nos interessa realçar, a partir da citação, é o de que existem "legisladores subordinados".

Bedingungen zu setzen". (Kelsen, p. 15)

A validade dos três tipos de "normas" acima identificadas - injuntivas, permissivas e habilitadoras de competência - é, na óptica de Kelsen, derivada da "*Grundnorm*" (Kelsen, pp. 196 e ss.) que está no topo da pirâmide que representa o ordenamento jurídico. Com efeito, tanto Hart como Kelsen, ao invés de se interrogarem acerca da adequação de um mesmo termo, "norma", para designar realidades com fontes distintas e finalidades díspares entre si, laboram no sentido de aglutinar sob o termo "norma" essas mesmas realidades. Kelsen fá-lo apelando à noção de "dever" que, segundo o próprio, é intrínseca a toda a "norma" jurídica:

Hier aber wird mit "sollen" der normative Sinn eines intentional auf das Verhalten anderer gerichteten Aktes bezeichnet. In diesem "Sollen" ist das "Dürfen" und "Können" mit inbegriffen." (Kelsen, p. 5)

Para Kelsen, portanto, o "dever" não é somente uma propriedade inerente às ordens/comandos e, por conseguinte, não se restringe a estar presente apenas nas "normas" injuntivas. As "normas" permissivas e habilitadoras de competência são, segundo a linha de raciocínio de Kelsen, igualmente "normas" na medida em que os conceitos de "*Dürfen*" (ter permissão) e "*Können*" (ter competência) estão incluídos no conceito de "*Sollen*" (dever). Nos seus próprios termos, a posição de Kelsen é logicamente verdadeira. A questão, contudo, está em saber se "*Dürfen*" e "*Können*" se podem incluir no conceito de "*Sollen*" por mera asserção. Com efeito, Kelsen nada mais faz do que postular isto mesmo. Se, para Austin, todas as "normas" jurídicas tinham, como traço característico, o facto de exigirem uma conduta através de um comando apoiado pela ameaça da força no caso de o mesmo não ser acatado, para Kelsen as "normas" jurídicas mantêm essa mesma característica, isto é, "*eine Handlung oder Unterlassung ein Unrecht oder Delikt ist, weil sie mit einem Zwangsakt als ihrer Folge verknüpft ist*" (Kelsen, p. 117), com a diferença de que nem todas as "normas" jurídicas são, necessariamente, comandos; podem ser igualmente permissões ou habilitações de competência.

Hart, por outro lado, procura refutar a definição de "norma" de Austin não através da ideia de "dever", mas sim através da constatação de que nem todas as "normas" pertencem ao mesmo plano, ou seja, que existem, num determinado ordenamento jurídico, "normas" que suplementam "the *primary* rules of obligation with *secondary* rules which are rules of a different kind." (Hart, p. 94) Estas "normas" secundárias

may all be said to be on a different level from the primary rules, for they are all *about* such rules; in the sense that while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves. They specify the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined. (Hart, p. 94)

É notório que as "normas secundárias" de Hart correspondem às "normas de habilitação de competência" (*ermächtigen*) de Kelsen, ao passo que as "normas primárias" são, parcialmente, as "normas" injuntivas e permissivas. Contudo, para Kelsen, as primeiras, por serem manifestação de um acto de vontade (*Willensakte*) dirigido à conduta de outrem, acto esse habilitador da faculdade de produzir "normas" jurídicas, configuram um "dever". Para Hart não. O "dever", quando se manifeste, fá-lo somente nas "normas primárias". Não nos interessa analisar, todavia, para os propósitos deste ensaio, em que medida é que a noção de "dever" se manifesta naquilo que Hart designa por "normas primárias"⁹; basta-nos acentuar que não releva nas "normas secundárias". As "normas secundárias", segundo a concepção de Hart, têm a seguinte função:

Most systems have, after some delay, seen the advantages of further centralization of social pressure; and have partially prohibited the use of physical punishments or violent self help by private individuals. Instead they have supplemented the primary rules of obligation by further secondary rules, specifying or at least limiting the penalties for violation, and have conferred upon judges, where they have ascertained the fact of violation, the exclusive power to direct

⁹ Cf. Hart, pp. 82-91.

the application of penalties by other officials. These secondary rules provide the centralized official 'sanctions' of the system." (Hart, pp. 97 e 98)

O ponto de que as sanções são, na óptica de Hart, "normas secundárias" que suplementam as "normas primárias" - a previsão da norma seria uma "norma primária", ao passo que a estatuição seria uma "norma secundária" -, em aparente contraste com a posição de Kelsen, para quem a sanção é constitutiva do ilícito, parece actuar como divisória entre as doutrinas dos dois Autores. Com efeito, Kelsen argui que

Nur dadurch, daß eine von der Rechtsordnung bestimmte Handlung oder Unterlassung zur Bedingung eines von der Rechtsordnung statuierten Zwangsaktes gemacht ist, wird sie als Unrecht oder Delikt qualifiziert; nur dadurch, daß ein Zwangsakt von der Rechtsordnung als Folge einer von ihr bestimmten Handlung oder Unterlassung statuiert ist, hat dieser Zwangsakt den Charakter einer Sanktion oder Unrechtsfolge. (Kelsen, pp. 116 e 117)

Daqui decorre que, sem sanção, não há ilícito, e, sem ilícito, não há "norma". Para Kelsen, a existência de sanção é *conditio sine qua non* para que determinada proposição linguística seja considerada uma "norma". Para Hart, a presença de sanção configura somente uma "norma secundária" que visa suplementar as "normas primárias".

O ponto deste excursus é o de demonstrar que entre os autores que pensam acerca desta temática existe um enorme dissenso; contudo, e ao contrário do que é habitual, a discórdia acerca da definição de "norma jurídica" não é simples consequência das posições antagónicas que os autores tomam. É, acima de tudo, fruto da não constatação de que é inadequado utilizar o vocábulo "norma" para designar todo um conjunto de proposições linguísticas que desempenham funções muito diferentes umas das outras no ordenamento jurídico. Há um ponto acerca do qual todos estão de acordo: as normas jurídicas regulam o funcionamento da sociedade e o comportamento dos indivíduos que a formam. Daqui advém que tal seja feito através da concessão de direitos, da imposição de deveres, da permissão de efectuar negócios jurídicos, da proibição de determinadas condutas

(e.g., homicídio, roubo), do estabelecimento da obrigatoriedade de outras condutas (e.g., pagar impostos), da delimitação de competência para dirimir questões jurídicas, da habilitação concedida a órgãos para produzir leis ou regulamentos administrativos, da criação de injunções processuais e procedimentais que permitam o funcionamento dos tribunais e das entidades administrativas, etc. Tudo isto, no entanto, não nasce somente a partir da interpretação das proposições linguísticas que formam textos que sejam considerados fontes do Direito. Os resultados interpretativos não bastam para que o indivíduo saiba como se pode, ou deve, comportar, porque, para além de apurar a intenção do legislador, manifestada através da letra da lei, ou o significado do costume, é necessário ter em atenção os princípios de Direito que vigorem na comunidade, e que podem não estar incluídos nas proposições linguísticas, bem como os factos que surjam num caso concreto, que podem não coincidir, total ou parcialmente, com o texto da proposição linguística que proíbe, ordena, ou habilita competência. A norma jurídica só é criada tendo em atenção todos estes factores, razão pela qual consideramos errado que se qualifiquem como "normas" as proposições linguísticas que proíbem ou ordenam uma conduta. Não só se está a usar o termo "norma" em relação a realidades distintas (lei, costume) com objectivos diferentes entre si (proibir, permitir, conferir competência), como se desconsidera que, para que os destinatários saibam efectivam o que podem, ou devem, fazer, e como o fazer, têm que levar igualmente em linha de conta os valores e princípios do ordenamento jurídico, bem como ter em atenção as circunstâncias do caso em que se encontrem. Só tendo em atenção os factos, os valores e os resultados interpretativos das proposições linguísticas contidas em textos considerados como fontes do Direito é que se obtém uma norma jurídica, e, só então, estará o indivíduo em condições de saber o que fazer, e como o fazer. Assim sendo, resolver uma questão de Direito não é feito através da conjugação de factos, valores e normas. É feito através da criação de uma norma jurídica (o que revela o carácter constitutivo do Direito) que resulta da conjugação entre a interpretação do texto das fontes,

os valores ou princípios que existam no ordenamento jurídico e os factos presentes num determinado caso concreto. A norma jurídica é, por conseguinte, sempre individual e concreta, visto que nunca nasce independentemente dos factos de um caso concreto. O facto de a maioria dos casos iguais ou semelhantes ser, durante um longo período de tempo, decidida da mesma forma acaba por criar a ilusão de que a "norma" já existe a partir do momento em que uma lei é promulgada ou um costume ganha a convicção de obrigatoriedade. Na realidade, o que sucede é que a questão de Direito torna-se suficientemente consolidada para que se consiga prever, com quase cem por cento de certeza, que norma jurídica será criada pelo juiz para pôr fim à disputa. Assim, por exemplo, em quase cem por cento dos casos os devedores são condenados a cumprir a sua prestação, ou o divórcio é decretado em razão de haver uma separação de facto superior ao tempo que a lei preveja como configurando fundamento do divórcio sem consentimento. Mas podem haver circunstâncias reveladas pelos factos de um determinado caso concreto que impeçam a aplicação das decisões legislativas, sendo que essas mesmas circunstâncias podem, inclusive, nem sequer estar previstas na lei ou no costume. Existe sempre pelo menos um por cento de possibilidade de que a norma jurídica não corresponda à interpretação da fonte aplicável, por muito clara que a interpretação da mesma seja, ou por muito frequente que a sua aplicação a casos iguais ou semelhantes tenha sido no passado. A segurança jurídica é alcançada através da tradição que as correntes jurisprudenciais vão criando através das decisões dos tribunais, o que nos leva ao argumento que apresentaremos na última secção deste ensaio, a saber, o de que o princípio da legalidade não é especialmente apto a garantir a existência de segurança jurídica.

5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA.

A partir do exposto na secção anterior, conclui-se, por-

tanto, que, da interpretação da lei, do costume, ou de um precedente vinculativo não se extrai qualquer norma, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, se se considerassem estes resultados interpretativos como normas, o termo estaria a ser aplicado a realidades distintas (lei, costume, jurisprudência) com fins diferentes (permitir, proibir, obrigar, conferir competência, etc.), o que contribui, como efectivamente acontece, para a criação de uma confusão terminológica que em nada favorece o tratamento rigoroso das questões. Tal como a "interpretação" é uma coisa e o seu oposto, a "norma" parece ser várias coisas diferentes ao mesmo tempo, o que impede que se chegue a uma definição da mesma que seja unívoca, dado que nenhuma definição de "norma" consegue abranger as realidades e finalidades às quais o termo tem sido tradicionalmente aplicado. Em segundo lugar, as tradicionalmente apeladas "normas" legais, consuetudinárias e jurisprudenciais seriam, enquanto "normas", extremamente incompletas, dado que, por si só, não fornecem aos destinatários aquilo que uma norma jurídica visa fornecer: informá-lo de como deve pautar a sua conduta em sociedade. O destinatário só chega, efectivamente, a saber como deve conformar a sua conduta se confrontar os resultados interpretativos das fontes do Direito com os valores e princípios da ordem jurídica em questão, tendo sempre em atenção os factos concretos da sua posição em particular.

A nossa posição poderá ser vista como casuística; no entanto, independentemente do rótulo que lhe seja conferida, não estamos aqui a advogar que o casuísmo seja desejável. Com efeito, seria preferível se as normas jurídicas pudessem ser directamente postas pelo legislador ou formadas a partir do costume, e tivessem um grau de generalidade e abstracção que, sem embargo, lhes permitisse, simultaneamente, uma aplicabilidade directa a todos os casos concretos que surgissem. Se este estado de coisas pudesse ser atingido, a segurança jurídica seria maximizada, dado que os destinatários saberiam sempre o que

fazer, independentemente das vicissitudes das suas situações concretas ou da avaliação de valores e princípios que, bastas vezes, não são consensuais numa comunidade, em geral, e entre juristas, em particular. Contudo, a nossa posição não é prescritiva, mas somente descritiva. Não temos qualquer preferência pelo casuísmo. Limitamo-nos a constatar que o Direito é inerentemente casuísta, dado que a criação da norma jurídica parte sempre a partir do caso concreto, não podendo sequer chegar a ser postulada independentemente dos factos que despoletem uma decisão.

O casuísmo que o Direito inerentemente tem é, no entanto, mitigado pela tradição construída pelas correntes jurisprudenciais, o que se verifica tanto nos ordenamentos jurídicos onde vigore a regra do precedente como nos restantes. Em Portugal, por exemplo, o património do devedor, quando exista, é quase sempre executado, apesar de não haver precedentes vinculativos. Poder-se-ia observar que estamos a estabelecer uma diferença entre casos fáceis e difíceis. Contudo, no nosso entender, a dificuldade inerente a uma determinada questão jurídica é irrelevante. O que mitiga o casuísmo e propicia a segurança jurídica é a tradição formada por uma corrente jurisprudencial, ou seja, o facto de questões de Direito iguais ou muito semelhantes entre si serem sempre resolvidas da mesma maneira. Para que uma tradição se estabeleça, é indiferente a dificuldade do caso; basta que os juízes decidam casos iguais ou semelhantes quase sempre da mesma forma.

Por estes motivos, o princípio da legalidade não é especialmente apto a garantir o desiderato da segurança jurídica. Em primeiro lugar, resolver uma questão de Direito não é equivalente a interpretar a lei. Ainda que o fosse, a interpretação é uma actividade suficientemente problemática, dado que, frequentemente, os intérpretes discordam, entre si, acerca de qual é a intenção do autor, manifestada através do texto. Os resultados interpretativos que se extraem da lei não são, bastas

vezes, consensuais entre os intérpretes. Em segundo lugar, os valores ou princípios do ordenamento jurídico podem, por um lado, obrigar a afastar a lei, se esta for, por exemplo, considerada inconstitucional; por outro lado, a conjugação entre o resultado interpretativo da lei com o resultado interpretativo do valor ou princípio em questão pode dar origem a um segundo resultado interpretativo que não coincida com aquilo que a lei diz. O artigo 132.º do Código Penal oferece um exemplo do que acaba de ser dito: se se considerar que as alíneas do número 2 deste artigo são tipos de ilícito, e não exemplos-padrão, então a expressão "entre outras", presente no texto do número 2, tem que ser considerada inconstitucional por violação do princípio da tipicidade penal. Isto entra em contradição com o significado da lei. O legislador quer que o intérprete considere como susceptíveis de demonstrar a especial perversidade ou censurabilidade que qualificam o homicídio as circunstâncias previstas nas alíneas do número 2 e outras que não estejam ali presentes. Esta é a correcta interpretação da lei. No entanto, o jurista tem que averiguar se a intenção do legislador pode ser efectivada na resolução de um caso concreto. Se não puder ser, o significado da lei não se altera. O que acontece é que a lei ou não é aplicada de todo, ou, então, não é aplicada totalmente consoante a intenção de quem a escreveu. Chegar a esta conclusão implica ir para além da intenção do autor, na medida em que se desrespeita o texto por si escrito, e, por isso, não estamos perante um exercício de interpretação. A ordem jurídica portuguesa confere aos juristas, nomeadamente aos juízes - artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa - a possibilidade de fazerem isto, o que leva à conclusão de que a existência de uma lei escrita com uma possibilidade clara de interpretação não confere qualquer segurança jurídica, na medida em que é necessário discutir, posteriormente, se este resultado interpretativo pode, ou não, ser usado na resolução de um caso concreto, dada a possibilidade de a lei ser inconstitucional.

Por último, a lei não é especialmente apta a garantir a segurança jurídica porque pode, em determinados casos concretos, não ser aplicável, nomeadamente se a exigência do seu cumprimento for de tal forma onerosa para um destinatário, tendo em atenção a sua situação particular, que lhe seja de todo impossível cumprir. Imagine-se, por exemplo, que um indivíduo não entrega a sua declaração de IRS dentro do prazo prescrito por lei por, à data do mesmo, se encontrar sequestrado. As sanções previstas pelo Direito Fiscal não poderão, pelo menos num Estado de Direito, ser efectivadas contra o indivíduo, visto que o cumprimento da norma não lhe seria exigível, e isto independentemente de haver uma excepção na lei fiscal que previsse este e outros casos de força maior. As expectativas que o Estado teria em arrecadar quer o imposto no seu devido tempo, quer em receber as sanções pecuniárias resultantes do incumprimento sairiam defraudadas. A lei não confere segurança jurídica porque há sempre casos em que a mesma pode ser desaplicada, tendo em atenção os factos e os valores ou princípios do ordenamento jurídico.

Em suma, pela razões apontadas, o princípio da legalidade não é especialmente apto a realizar o ideal de segurança jurídica, visto que nem todos concordam, por um lado, com o significado da lei, nem, por outro lado, é seguro que a lei seja aplicável a todos os casos que surjam. Isto não significa, contudo, que defendamos que o costume ou a jurisprudência sejam fontes mais aptas a garantir o ideal de segurança jurídica. Com efeito, os problemas de interpretação e de aplicação da lei colocam-se exactamente nos mesmo termos quando a fonte a interpretar ou aplicar seja o costume¹⁰ ou um precedente vinculativo. O nosso ponto é o de que nada, para além da tradição jurisprudencial, consegue garantir a segurança jurídica, e, por

¹⁰ O costume tem a dificuldade acrescida de não ser reduzido a escrito. É, no entanto, cognoscível através de textos orais e, por isso, está sujeito aos mesmos problemas de interpretação de texto.

isso, é indiferente que o sistema jurídico dê primazia, na sua hierarquização das fontes do Direito, à lei, ao costume ou ao precedente vinculativo. A importância que a legislação adquiriu, após a Revolução Francesa, nos ordenamentos jurídicos da tradição de Direito Romano é um mero acidente histórico, dado que, em termos de segurança jurídica, ter, ou não, leis reduzidas a escrito é indiferente, pelas razões apontadas ao longo do presente ensaio, e que se prendem com as vicissitudes da interpretação e da aplicação das proposições linguísticas contidas em enunciados normativos.



REFERÊNCIAS (E ABREVIATURAS)

- AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, editado por Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995 (reimpressão 2001). (= Austin)
- CASTANHEIRA NEVES, António, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (reimpressão). (= Castanheira Neves)
- FERREIRA, Pedro Tiago, *Contra as teorias da interpretação no Direito e na Literatura*, tese de mestrado em Teoria da Literatura, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, edição de Autor, 2011. (= Ferreira)
- HART, H.L.A, *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1994. (= Hart)
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Österreichische Stantsdruckerei, Viena, 1992 (reimpressão da edição de 1960). (= Kelsen)
- KNAPP, Steven e MICHAELS, Walter Benn, *Against Theory*, in *Critical Inquiry*, vol. 8, n° 4 (Verão, 1982). (= K&M, AT)

- KNAPP, Steven e MICHAELS, Walter Benn, *Reply to George Wilson*, in *Critical Inquiry*, vol. 19, nº 1 (Outono, 1992). (= K&M, Reply)
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007 (reimpressão 2009).
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation - On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011). (= Raz, Interpretation)
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011). (= Raz, Authority)
- REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 19ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2002 (3ª tiragem). (= Reale, Filosofia)
- REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito; Teoria da Justiça; Fontes e Modelos do Direito*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2003. (= Reale, Teoria)
- REBELO DE SOUSA, Marcelo e GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed. Lex, Lisboa, 2000. (= S&G)