

OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DO INTÉRPRETE THE LIMITS OF LEGAL INTERPRETATION AND THE RESPONSIBILITY OF THE INTERPRETER

Jorge Manuel Alves de Almeida Esteves*

Resumo: A partir de um texto de Italo Calvino relativo à forma como o Corão foi redigido e de um caso célebre da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, o caso *Brown vs. Board of Education*, é feita uma reflexão acerca dos limites da interpretação e da responsabilidade do intérprete, em especial nos chamados “casos difíceis”, confrontando as concepções de Herbert Hart e Ronald Dworkin. As modernas concepções da Filosofia do Direito tentam uma superação do paradigma do positivismo vs. decisionismo através da relevância que as Constituições políticas estão a assumir neste contexto, enquanto fontes de legitimidade, não só formal, mas também material.

Palavras-chave: interpretação jurídica, limites, responsabilidade, Filosofia do Direito, positivismo, constitucionalismo.

Abstract: *Based on a text written by Italo Calvino on the way the Koran was drawn up and on a well-known case of jurisprudence of the Supreme Court of the United States, the Brown vs. Board of Education case, consideration is given to the limits of interpretation and the interpreter's responsibility, particularly in terms of the so-called “difficult cases”, by comparing the conceptions of Herbert Hart and those of Ronald Dworkin. The modern conceptions of Philosophy of Law seek to overcome the positivism vs. decisionism paradigm through the importance that the political Constitutions having been assuming in this context, as sources of legitimacy, not only formal, but also material.*

Keywords: *legal interpretation, limits, responsibility, Law Philosophy, positivism, constitutionalism.*

I. Introdução

A reflexão que decidi fazer neste relatório incide sobre os limites da interpretação jurídica e a responsabilidade do intérprete. Por limites quero significar as balizas da actividade interpretativa e até onde pode o intérprete ir na descoberta da norma que soluciona o caso concreto. É óbvio que o paradigma do juiz “bouche de la loi” já não existe. A complexidade da vida dos dias de hoje encarregou-se de o fazer cair¹. Mas entre esse paradigma e o decisionismo arbitrário, igualmente danoso, é necessário definir limites.

Por intérprete quero essencialmente referir-me ao juiz, que é aquele que tem de olhar para o ordenamento jurídico para extrair dele um sentido, a fim de o aplicar num caso concreto. Mas intérprete é também quem argumenta para defender o seu cliente, como é o caso do advogado, quem ensina o Direito, visando, neste caso, determinar um sentido da ordem jurídica em abstracto, sendo esse o fim visado pela tarefa interpretativa do professor de Direito. A tarefa interpretativa mais importante é a do juiz, na medida em que é ela que vai resultar na aplicação da norma ao caso concreto e é principalmente sobre o papel do juiz que existem grandes abordagens na Filosofia do Direito. Por isso é sobre a tarefa do juiz que incidirei mas

* Juiz de direito e doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ O direito e a sua racionalidade positivista tiveram a pretensão de regular o social seguindo o paradigma do Código da Estrada. Regularam aspectos da vida impondo condutas da mesma forma que definiram qual o lado pelo qual se deve circular ou a quem assiste a prioridade nos cruzamentos. Geraram a ideia de que pelo simples facto de se seguir a conduta definida na lei, o comportamento era o correcto. As pessoas passaram a querer saber quais eram os seus direitos e não a reflectir acerca de qual a melhor conduta face às realidades concretas com as quais se defrontavam, chegando a exercer os seus direitos de forma abusiva e até irracional, de tal forma que a ordem jurídica tinha de ter mecanismos que funcionassem como válvulas de escape, como o abuso de direito, a boa fé, a alteração das circunstâncias. Esses institutos constituíam o reconhecimento de que a realidade não era completamente “empacotável” nas normas gerais e abstractas nem tão racional como pretendiam os iluministas. Os campos de incerteza e insegurança tornaram-se cada vez mais amplos de modo que a sociedade começou a olhar para o direito como algo de estranho e alienatório, pois não está a dar as respostas adequadas às exigências da vida. E, paradoxalmente, à complexidade da vida respondeu o direito com produção legislativa cada vez mais complexa, o que, por sua vez, conduziu a um maior afastamento entre o social e o jurídico.

o que será dito é também aplicável aos outros intérpretes. Todos eles fazem parte da chamada “comunidade jurídica”.

Por responsabilidade quero significar que, sendo a tarefa interpretativa, especialmente nos casos difíceis, algo que implica um discurso, uma narrativa, um recurso a elementos argumentativos não normativos, muitas vezes decorrentes do quadro valorativo informado pela vivência do intérprete, e uma vez que a decisão vai ter consequências no caso concreto, o que já é importante, mas pode também vir a tê-las no âmbito geral da regulação da vida em sociedade, a consciência e a assunção de uma responsabilidade pelos resultados da interpretação/aplicação é uma parte importante da dimensão da actividade interpretativa.

Para essa reflexão irei partir de um texto de Italo Calvino e de um caso célebre da jurisprudência norte-americana, o caso *Brown v. Board of Education*. Em ambos, limites e responsabilidade do intérprete estão presentes.

II. O texto de Italo Calvino

“O livro sagrado de que melhor se conhecem as condições em que foi escrito é o Corão. As mediações entre a totalidade e o livro eram pelo menos duas: Maomé escutava a palavra de Alá e ditava, por sua vez, aos escrivões. Em uma oportunidade – contam os biógrafos do profeta – ao ditar ao escrívão Abdulah, Maomé deixou uma frase interrompida. O escrívão, instintivamente, sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, o profeta aceitou como palavra divina o que havia dito Abdulah. Este facto escandalizou o escrívão, que abandonou o profeta e perdeu a fé.

Estava enganado. A organização da frase, definitivamente, era uma responsabilidade que a ele competia; era ele quem tinha que corrigi-la com a coerência interna da língua escrita, com a gramática e a sintaxe, para acolher a fluidez de um pensamento que se expande á margem de toda a língua antes de se fazer palavra, e de uma palavra particularmente fluida como a de um profeta. A colaboração do escrívão resultava necessária para Alá, desde o momento em que havia decidido expressar-se em um texto escrito. Maomé sabia disso e deixava ao escrívão o privilégio de concluir as frases; porém Abdulah não tinha consciência dos poderes de que estava investido. Perdeu a fé em Alá porque lhe faltava fé na escritura, e em si próprio, como agente da escritura.

Se a um infiel fosse permitido inventar variantes para as lendas sobre um profeta, proporia esta: Abdulah perde a fé porque, ao escrever o ditado, se lhe escapa um erro e Maomé, apesar de haver notado isso, decide não corrigi-lo, vendo como preferível a dicção errada. Também neste caso Abdulah estaria equivocado ao se escandalizar. É na página, e não antes, que a palavra, inclusive a do impulso profético, se faz definitiva, isto é, se converte em escritura. Só através da limitação do nosso acto de escrever, a imensidão do não escrito se torna legível, isto é, através das incertezas da ortografia, dos equívocos, dos lapsos, dos saltos incontrolados das palavras e da pena. Senão, o que está fora de nós não pretenda comunicar mediante a palavra, falada ou escrita: mande por outras vias sua mensagem” (Italo Calvino, “Se numa noite de Inverno um viajante”²).

Neste texto, olhando para ele como uma alegoria da interpretação jurídica, podemos reconhecer em Maomé o legislador. É ele que dita as normas a partir daquilo que Alá lhe diz. Maomé é a fonte cognoscível do Direito. Alá é a fonte última de legitimidade do Direito. Maomé não legisla ao sabor da sua própria vontade. O que diz é aquilo que Alá lhe comunica e por isso acima de Maomé, está Alá. Alá, nesta alegoria, pode ser visto como sendo o Direito Natural, seja de *inspiração divina*, do Deus onnipotente, criador e ordenador do mundo, seja de natureza racional, da *ordem das coisas*, da *boa razão*. Alá pode ainda representar os valores de onde provém a ordem jurídica. Mas também pode ser a própria sociedade, que delegou em Maomé o poder de dizer as normas, por via, por exemplo, da Constituição, mas não o fez com um carácter *formal*, no sentido de Maomé poder dizer a palavra ao sabor da sua vontade,

² Cit. in Cárcova, Carlos Maria, *Direito, Política e Magistratura*, São Paulo, LTR, 1996, pp. 179 e seg.

tratando-se antes de uma delegação *material*, ou seja, é a própria sociedade que vai ditando para Maomé, o legislador, aquilo que pretende seja escrito³.

Em todo o caso, Alá surge como o fundamento da palavra do legislador, aqui representado pelo profeta, e daí que Alá esteja sempre, necessariamente, acima do legislador. Para se apurar da validade do Direito que Maomé estipula é necessário recorrer a Alá. O problema é que só Maomé tem acesso a Alá, o que torna difícil, senão impossível, saber o que verdadeiramente Alá pretende em casos de difícil resolução, em que a palavra de Maomé, por si só, não permite uma aplicação imediata, não permite uma decisão sem margem para dúvidas. Só podemos ter acesso a Alá por via daquilo que Maomé ditou.

Ora, é neste ponto que surge o escrivão Abdulah. Reconheço nele o intérprete da Lei inspirada por Alá (seja lá o que ele represente) e ditada por Maomé. Aquele, quando sugeriu uma conclusão para a frase que ficou incompleta, ou quando detectou um erro na palavra do profeta, perdeu a fé e abandonou-o porque concluiu que era ele, afinal, que estava a fazer a Lei e que Maomé não estava verdadeiramente a seguir a vontade de Alá. Segundo o escritor, Abdulah, ao ter assim pensado e agido, estava errado. A tarefa de concluir aquilo que havia ficado incompleto ou corrigir o que estava errado cabia a Abdulah, o que devia fazer *com a coerência interna da língua escrita, com a gramática e a sintaxe, para acolher a fluidez de um pensamento que se expande á margem de toda a língua antes de se fazer palavra*. Abdulah, como escrivão ao serviço do profeta, tinha acima de tudo a função de tornar a palavra do profeta compreensível para os seus destinatários. Alá necessitava do escrivão⁴ *desde o momento em que havia decidido expressar-se em um texto escrito. Maomé sabia disso e deixava ao escrivão o privilégio de concluir as frases; porém Abdulah não tinha consciência dos poderes de que estava investido. Perdeu a fé em Alá porque lhe faltava fé na escritura, e em si próprio, como agente da escritura*. Abdulah achou que era um mero agente passivo da palavra do profeta e que não podia fazer mais do que ser um mero escriba daquilo que Maomé dizia. Estava, na verdade, enganado, pois ele era essencial para Alá. Era ele que fazia chegar a sua palavra aos outros, e *através das incertezas da ortografia, dos equívocos, dos lapsos, dos saltos incontrolados das palavras e da pena* cabia-lhe deslindar o verdadeiro sentido do que Alá pretendia dizer, dentro da coerência do discurso, que ele conseguia, melhor que ninguém, discernir, porque era esse exactamente o seu trabalho.

Abdulah tinha duas responsabilidades: uma no sentido ascendente, para com Alá e o seu profeta, e outra descendente, para com os destinatários da palavra de Alá, ditada por Maomé. Era ele que tornava a palavra, com as suas incompletudes e imperfeições, acessível aos destinatários, completando e corrigindo o que necessário fosse.

III. O caso “*Brown v. Board of Education*”

Um dos casos mais importantes decididos pelo Supremo Tribunal Federal norte-americano foi sem dúvida o famoso *Brown v. Board of Education*, decidido em 17 de Maio de 1954⁵. Esta decisão ficou para a história porque é um marco na luta contra a segregação racial nos Estados Unidos. A acção havia sido intentada por treze pais de alunos de raça negra da cidade de Topeka, no Kansas, em nome dos seus vinte filhos, que pretendiam ser admitidos em escolas exclusivamente destinadas a alunos brancos. Consideravam que a segregação era uma violação da 14^a emenda⁶, que consagrava o princípio da igualdade. Até então prevalecia a doutrina que

³ Alá não é, nesta alegoria, a norma fundamental kelseniana, pois esta é o fundamento de natureza formal da ordem jurídica, não sendo necessariamente o fundamento de natureza material.

⁴ Alá necessitava do escrivão porque Maomé não sabia ler nem escrever.

⁵ A decisão completa pode ser consultada em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>.

⁶ Esta 14^a emenda contém aquilo que Herbert Hart designa de princípios “não conclusivos” que “não obrigam a uma decisão, mas apontam para, ou contam a favor de uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada, mas que os tribunais

o próprio Supremo Tribunal havia definido no caso *Plessy v. Fergusson* de 1896⁷, segundo a qual o princípio “iguais mas separados” não implicava uma violação do princípio da igualdade consagrado na 14ª emenda. Desde que existissem igualdade de condições, no caso relativo aos transportes públicos, a segregação era admitida. Na decisão do caso *Brown*, o Supremo Tribunal foi peremptório: quanto à questão essencial da constitucionalidade da segregação nas escolas públicas, decidiu que tal configurava uma negação da igualdade de protecção da lei⁸.

Mas a própria história da decisão é reveladora das várias atitudes do juiz, dos seus limites e das suas responsabilidades, o qual era o mais legitimado no âmbito do sistema jurídico, pois tratava-se do Supremo Tribunal Federal, que nos Estados Unidos tem também a função de fiscalizar a constitucionalidade das leis⁹.

A primeira audição no âmbito do processo teve lugar em Dezembro de 1952. Os nove juízes (denominados *Justices*) do Supremo estavam divididos, conforme as notas e os rascunhos de decisões revelaram¹⁰. Os juízes William Douglas, Hugo Black, Harold Burton e Sherman Minton estavam dispostos a inverter a decisão proferida em *Plessy v. Ferguson*. O juiz Frederick Vinson, que era o Presidente do Tribunal (Chief Justice), chamou a atenção para o facto de o Congresso não ter ainda legislado no sentido de acabar com a segregação. O juiz Stanley Reed, estava inclinado para considerar que a segregação acabava por funcionar a favor da comunidade afro-americana. O juiz Tom Clark entendia que, uma vez que o Supremo Tribunal levou a que os Estados federados considerassem que a segregação era correcta, deveria deixar as coisas como estão. Os juízes Felix Frankfurter e Robert Jackson discordavam da discriminação, mas eram contra o activismo judicial e estavam preocupados com a exequibilidade de uma decisão favorável aos queixosos.

Em Setembro de 1953 faleceu o juiz Vinson, tendo o Presidente Eisenhower nomeado Earl Warren como Chief Justice. Warren, enquanto governador da Califórnia, já havia promovido a integração dos estudantes mexicano-americanos no sistema de ensino californiano¹¹.

Em Dezembro de 1953 houve uma nova audição, sob a presidência de Felix Frankfurter, que a usou como meio dilatatório, de modo a ganhar tempo para os juízes que se opunham à segregação conseguirem convencer os restantes, de maneira a obter uma decisão unânime. Não obstante o efeito legal ser idêntico, quer a decisão fosse tomada por unanimidade, quer a decisão fosse tomada por maioria, o que é certo é que os juízes contrários à segregação entendiam que era vital ninguém dissentir, pois um voto contra podia legitimar os argumentos favoráveis à segregação e dificultar a aplicação da decisão.

A discussão centrou-se depois sobre a questão de saber se a 14ª emenda dava poderes ao Tribunal para decretar o fim da segregação. A facção mais “activista” achava que sim e tentava convencer os restantes. Earl Warren, que tinha sido indicado pelo Presidente, mas ainda não

levam em conta, enquanto factor de inclinação num ou noutro sentido” (in “*O Conceito de Direito*”, 5ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 323).

⁷ Que foi proferida no âmbito de um caso de discriminação nos transportes públicos.

⁸ No original, “*on reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question – the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws.*”

⁹ Devido a este poder, o Presidente Roosevelt entrou em litígio aberto com o Supremo Tribunal, acusando-o de interferir no plano político-legislativo ao considerar, sistematicamente, inconstitucionais as leis que permitiam a intervenção do Estado na economia. Este período ficou conhecido como o “governo dos juízes”, no sentido em que estes impuseram, usando os poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, uma visão liberalizante da sociedade e do Estado.

¹⁰ Para uma panorâmica geral do caso, da sua história e das suas consequências, vd. http://en.wikipedia.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education.

¹¹ Foi também o relator da decisão proferida no igualmente célebre caso *Miranda v. Arizona* (1966), que deu origem aos famosos “*Miranda rights*”, que são os direitos que a polícia deve comunicar sempre que efectua uma detenção, nomeadamente de que o detido tem o direito de ser assistido por um defensor e o direito de se manter em silêncio. As advertências (também conhecidas por “*Miranda warnings*”) tornaram-se obrigatórias após esta decisão do Supremo Tribunal. Foi ainda presidente da famosa comissão que teve o seu nome, Warren Commission, nomeada pelo Presidente Johnson para investigar o assassinato do Presidente Kennedy.

tinha sido confirmado pelo Senado, manteve-se calado, não revelando a sua posição sobre a questão antes de este órgão, dominado pelos Estados sulistas, confirmar a sua designação.

Warren convocou uma reunião com os juízes para decidirem o caso e apresentou um argumento simples: a única razão para sustentar a segregação era a crença na inferioridade da raça negra. Warren sustentou que o Supremo Tribunal deveria inverter a decisão tomada no caso *Plessy v. Ferguson* para manter a sua legitimidade como instituição de liberdade e essa decisão deveria ser unânime para evitar uma massiva resistência dos Estados do sul. Foi após esta reunião que uma opinião unânime começou a ser construída e veio de facto a ser obtida em 17 de Maio de 1954.

De tudo o relatado neste caso, que é sem dúvida um caso marcante, ou, como se diria hoje, uma “questão fracturante”¹², muito haveria para dizer, em especial no que respeita à importância das pessoas, das suas qualidades, mas também dos seus argumentos e da capacidade de os transmitir de forma a convencer os outros (e certamente que não era tarefa fácil convencer outros juízes do Supremo). A história do Direito é também a história de quem o aplica e de que forma as decisões foram tomadas.

Na formação da decisão foram suscitados dois aspectos fundamentais: os limites do intérprete aplicador e a sua responsabilidade perante a comunidade que serve. Ambos estiveram muito presentes nesta decisão e foram considerados separadamente, de maneira que a responsabilidade não foi um critério do limite, ou seja, não se argumentou no sentido de dizer que havia de ultrapassar um qualquer limite para dar resposta à responsabilidade. O limite foi a interpretação da 14ª emenda. O argumento do juiz Warren de que o único fundamento para a validade da segregação é a crença na inferioridade da raça negra, foi decisivo. A responsabilidade radicou no argumento de que o Supremo Tribunal se deve afirmar como uma instituição de liberdade, acrescido da necessidade de uma decisão unânime para evitar resistências à aplicação da decisão.

Nesta decisão, as principais reticências dos juízes que inicialmente tendiam para manter o *status quo*, ou seja, para manter a doutrina fixado no caso *Plessy*, residiam no facto de acharem que não tinham poderes para a alterar (mas, em todo o caso, ainda havia quem entendesse que a segregação era benéfica).

IV. Os limites e a responsabilidade do intérprete

Quanto à questão dos limites podemos ter várias perspectivas. Temos desde logo a do texto de Italo Calvino. O escritor tem como limite a palavra que lhe é transmitida por Maomé, podendo concluir o texto, dizendo o que o profeta deveria ter dito mas não disse, colmatar as suas lacunas, corrigir as deficiências. Mas ele nem sequer se vê a si mesmo nessa função, pois perdeu a fé pelo simples facto de ter sugerido uma redacção que o profeta teve por boa. Ele próprio vê-se a si mesmo como um escriba e não como um intérprete.

A perspectiva de Calvino, no sentido de que Abdulah está enganado porque é mais do que aquilo que julga ser, creio ser a que também está presente na ideia de Hart, que admite a discricionariedade judicial, mas dentro dos interstícios do sistema. Definindo o direito como sendo aquilo que resulta das fontes sociais do direito, que pode ser identificado por um obser-

¹² Na altura a questão da segregação racial era de facto uma questão fracturante, de tal forma que a decisão não foi bem aceite pelas próprias autoridades estaduais. Em 1957 o Governador do Arkansas mobilizou a sua Guarda Nacional para impedir a entrada de estudantes negros na universidade de Little Rock, tendo o Presidente Eisenhower respondido energicamente, ordenando que a 101ª divisão aerotransportada de Fort Campbell, Kentucky, se dirigisse para o Arkansas e emitiu um decreto transformando a Guarda Nacional do Arkansas numa força federal, a qual, por via disso, deixou de estar sob o comando do Governador. E em 1963 o Governador do Alabama bloqueou pessoalmente a porta do auditório da Universidade do Alabama para impedir a inscrição de dois estudantes negros, defendendo dessa forma a sua política da “segregation now, segregation tomorrow, segregation forever”. Só se afastou quando foi confrontado pelo general comandante da Guarda Nacional do Alabama, que interveio por ordem do Presidente Kennedy. A luta contra a segregação foi longa e dura, tendo sido um campo de batalha, não só jurídico, mas também no sentido próprio da expressão, como os casos aqui referidos revelam, mas não há dúvida de que a decisão do caso *Brown* foi decisiva e não deixou, na época, de ser corajosa.

vador externo e descrito objectivamente, sem recorrer a considerações morais acerca do seu valor¹³, identificação essa efectuada a partir da regra de reconhecimento, o intérprete-aplicador, o juiz, pode, nos “casos difíceis”, agir discricionariamente, mas sempre dentro do quadro das regras e princípios definidos nos termos da regra de reconhecimento¹⁴.

Ronald Dworkin¹⁵, não obstante criticar a tese da discricionariedade dos juízes, entende que o juiz, nos casos difíceis, deve assumir a postura de Hércules, um juiz de características sobre-humanas que leva os “direitos a sério” e consegue intuir da ordem jurídica a única solução justa para o caso (exactamente porque na ordem jurídica só há uma solução para o caso). Dworkin recorre a um critério de integridade e coerência, constituído pelo conjunto de valores, que estão acima da ordem jurídica positivada, são compartilhados pela mesma comunidade e produzem a melhor *adjudication* (aplicação) do direito no caso concreto.

Conforme escreve António Manuel Hespanha, referindo-se a ambas as concepções, “se compararmos o grau de discricionariedade (*discretion*) dos juristas a concepção de Hart reduz esse grau de arbítrio, na medida em que direito é apenas aquilo que obedeça a uma norma de reconhecimento que se pode observar e descrever objectivamente, por observação empírica da consciência jurídica da comunidade, embora mediada. Enquanto na concepção de R. Dworkin, se abre um enorme crédito ao desenvolvimento jurisprudencial do direito, na base de princípios – cuja positividade é afirmada pelos juízes, a partir de uma leitura que eles fazem da história e sentido da ordem jurídica – aos quais é conferida, depois, uma capacidade quase ilimitada de produzir decisões jurídicas concretas. Como diz Hart, “o risco é o de que um juiz, convidado a realizar tais testes [sobre a existência e conteúdo de princípios], aproveite a oportunidade para exercer ele próprio o papel de legislador, de acordo com a sua interpretação da melhor moral o dos seus requisitos, já que é duvidoso que teorias filosóficas ou morais controversas possam ter aquilo que Dworkin chama “uma existência objectiva””¹⁶.

No fundo, Dworkin, voltando ao texto de Calvino, pretendia que o escrivão Abdulah fosse ainda mais longe do que aquilo que Alá esperava dele. Ele que se julgava um escriba e, porque estava equivocado, perdeu a fé por verificar que estava a ser mais do que isso, embora fosse exactamente isso que Alá esperava dele, devia assumir a própria posição de Alá, e descortinar, fora das palavras de Alá, a sua vontade. Para Calvino, Abdulah era o meio através do qual Alá, que falava por intermédio de Maomé, conseguiria que o seu discurso tivesse integridade e coerência, mas sempre dentro das incertezas da ortografia, dos equívocos, dos lapsos, dos saltos incontrolados das palavras e da pena, não da coerência que o próprio Abdulah pretendesse.

Considero ser difícil afirmar que a ordem jurídica é íntegra e coerente, de modo a dela resultar uma única solução correcta. Um bom exemplo disso é exactamente o relato do caso *Brown* (afirmamos isto tendo em consideração as circunstâncias político-sociais dos Estados Unidos dos anos 50 do século XX, pois só essas circunstâncias é que explicam ser possível existirem no Supremo Tribunal juízes que consideravam benéfica a segregação racial¹⁷). A própria existência da regra do “*iguais mas separados*”, considerada de acordo com o princípio da igualdade pelo Supremo Tribunal em finais do século XIX e que se prolongou para a segunda metade do século XX, demonstra o quanto incongruente, contraditória e injusta pode ser a ordem jurídica. Ao contrário do que considera Dworkin, a integridade e coerência da ordem jurídica não é um dado apriorístico. É muitas vezes o próprio intérprete que tem a missão de

¹³ Esta é a tese fundamental do positivismo.

¹⁴ Op. cit., pp. 321 e segs.

¹⁵ In *Laws Empire*, Cambridge University Press, 1986, e *Taking Rights Seriously*, cap. IV, Cambridge University Press, 1977.

¹⁶ In, *Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça os dias e no mundo de hoje*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2009, pp. 142-143.

¹⁷ Olhar para a decisão com a visão de hoje em dia representava um tremendo anacronismo. A complexidade da decisão e as tomadas de posição dos vários juízes tem de ser enquadrada e compreendida no complexo quadro da questão racial dos anos 50. Há que não esquecer que Martin Luther King foi assassinado em 1968, 14 anos depois da decisão do caso *Brown*, e que em 1986 foi estabelecido um feriado nacional nos Estados Unidos para homenagear Martin Luther King, o qual só em 1993 foi, pela primeira vez, cumprido em todos os estados do país.

procurar que ela tenha essa integridade e coerência, de a buscar no meio de um conjunto de normas e princípios díspares e contraditórios, acabando, quer uma, quer outra, por serem um produto da actividade do intérprete.

E além disso, também não podemos dizer que o direito injusto ou iníquo só seja direito numa perspectiva pré-interpretativa, como defende Dworkin¹⁸. A segregação racial era, sem dúvida direito, ainda para mais porque tinha a chancela do Supremo Tribunal e dos demais tribunais. Assim como o direito nazi também era direito, pois era aplicado pelos tribunais e era seguido pelos cidadãos. Quaisquer veleidades críticas ou “hercúleas” (no sentido dworkiniano) que o intérprete se atrevesse a assumir podiam custar-lhe a vida. E só essa concepção da ordem jurídica nazi como direito é que poderia conduzir à responsabilização dos legisladores, dos criadores do sistema, pois de contrário, negando-lhe a natureza de direito, a responsabilidade pelas suas consequências teriam de recair unicamente sobre os intérpretes aplicadores, pois esses é que, tendo a responsabilidade de descortinar o que verdadeiramente era direito, acabaram por aplicar um conjunto de normas que não tinham essa qualidade¹⁹.

Também me parece difícil afirmar sequer a possibilidade de existência do juiz Hércules, que decide os casos difíceis descortinando a única regra aplicável ao caso. É claro que essa figura é acima de tudo um arquétipo, de algo que o intérprete deve procurar ser, sem que o possa atingir²⁰. Mas temos que, desde logo, a própria ordem jurídica encarrega-se de tirar as ilusões a quem aspire a tal função, pois os tais casos difíceis acabam, necessariamente, por ser decididos pelos tribunais supremos ou pelos tribunais constitucionais, os quais, felizmente, funcionam sempre em colectivo e nunca em juiz singular²¹. E mesmo a selecção dos juízes, em especial daqueles que têm a seu cargo a fiscalização da constitucionalidade, obedece a apertados controlos democráticos, que lhe conferem grande legitimidade democrática, que é necessária para conferir legitimidade ao tribunal para interpretar a constituição política do Estado. A decisão surge muitas vezes como sendo fruto de consensos e de negociações, ou até mesmo de circunstâncias completamente aleatórias e contingentes como o falecimento de um dos juízes e a nomeação de um outro que acaba por se revelar determinante (como ocorreu na decisão do caso *Brown*) pelas suas características pessoais e capacidade de argumentação.

E muitas vezes a decisão é tirada por maioria, pois não é possível chegar a consenso, especialmente nos casos em que estão em causa questões éticas, como ocorreu quando o nosso Tribunal Constitucional apreciou a constitucionalidade da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, que estabeleceu a “Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez”²². O pedido de declaração de inconstitucionalidade fundava-se essencialmente na violação do artº 24º/1 da Constituição, que estatui que a vida humana é inviolável. Estava, pois, em causa saber se o princípio da inviolabilidade da vida humana abrangia também a vida intra-uterina, ou, como o Tribunal Constitucional enquadró a questão, se da não utilização da sanção penal como instrumento de tutela da vida intra-uterina, resultava a violação daquele

¹⁸ Laws Empire, cit, pág. 65.

¹⁹ A concepção da ordem jurídica nazi como não sendo verdadeiramente direito, por violadora de valores fundamentais da ordem jurídica que, mesmo nessa altura, prevaleciam, acaba por ser um pouco cínica, pretendendo colocar um manto diáfano sobre a adesão de grande parte dos alemães à ordem nazi. É claro que o nazismo dominou de tal maneira os mecanismos de poder e de coacção que deixou pouca margem para reacções oposicionistas. Mas não deixa de ser verdade que a população, seja por acção ou por omissão, aderiu ao nazismo e boa parte da intelectualidade universitária foi activamente colaborante na estruturação do sistema (como por exemplo Karl Larenz). Bom exemplo destas atitudes foi relatado por Klaus Mann, no seu romance “Mephisto”, de 1936, no qual retrata, com um nome fictício, a carreira do seu cunhado, Gustaf Grundgens, que era actor e esteve ligado aos sectores artísticos de esquerda e que, depois, aderiu ao nazismo, tornando-se director do teatro nacional de Berlim, simbolizando aquele que abandona os seus princípios políticos em prol de benefícios profissionais e materiais.

²⁰ Haverá quem tenha a noção de nunca o poder vir a ser, mas também haverá sempre quem se julgue ser o “juiz Hércules”.

²¹ A nossa Constituição dá importância à decisão colectiva do Tribunal Constitucional. Apesar de permitir que possa funcionar em secções, exceptuando as decisões acerca da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade, as quais terão que ser tomadas pelo Tribunal no seu todo (cfr. artº 224º/2 da Constituição).

²² Acórdão n.º 75/2010, publicado no Diário da República, 2.ª série — N.º 60 — 26 de Março de 2010.

preceito constitucional, tendo respondido negativamente²³. A decisão foi aprovada por sete dos doze juízes, tendo tido cinco votos de vencido. Fosse outra a relação de forças, e a decisão poderia ter sido diferente²⁴. Nestas questões é mesmo impossível dizer que a ordem jurídica tem uma única solução possível, pois a interpretação dos próprios conceitos legais depende de pré-compreensões dependentes de concepções ontológicas muitas vezes incompatíveis.

Não existe, pois, especialmente nos casos difíceis, uma única solução para o caso. A solução do caso acaba muitas vezes por ser um *melting pot* de regras, princípios, argumentos éticos, religiosos, políticos, económicos. Mas é preciso, em todo o caso, definir uma linha de rumo, um critério. Nas modernas concepções positivistas, o ponto de confluência entre, por um lado, os valores, e, por outro lado, as regras e os princípios²⁵ está na Constituição política, não como norma fundamental de carácter formal, como o era em Kelsen, mas sim como produtora de sentidos valorativos informadores de toda a ordem jurídica. É essa a perspectiva de Isabel Lifante Vidal, quando afirma que o primeiro elemento a destacar é “a importância outorgada aos princípios como ingrediente necessário – para além das regras – para compreender a estrutura e o funcionamento de um sistema jurídico, considerando também ambos tipos de normas, não tanto desde a perspectiva da sua estrutura lógica, mas sim a partir do papel que desempenham no raciocínio prático, de modo que às clássicas relações lógicas entre as normas, se incorporem relações de justificação. Ligado a este, a validade passa a ser entendida em termos substantivos e não meramente formais: para ser válida, uma norma deve respeitar os princípios e direitos estabelecidos na Constituição”²⁶. E, numa perspectiva mais ligada ao pluralismo jurídico, mais próxima das correntes pós-modernas, António Manuel Hespanha, entende que “é esta natureza compósita das sociedades contemporâneas que as democracias constitucionais procuram respeitar e proteger, quer contra as maiorias parlamentares conjunturais e que não reflitam a complexidade da constelação comunitária de valores (princípio contramaioritário), quer contra a apropriação da vontade popular por uma minoria de especialistas, de burocratas ou de tecnocratas. Por isso é que a pluralidade dos princípios constitucionais visa criar uma democracia mais profunda, mais inclusiva e mais dinâmica, permitindo um desenvolvimento e uma harmonização de geometria variável dos princípios que a vontade constituinte ou legislativa do povo foi depositando na ordem jurídica. Os juristas aparecem, não como hermeneutas mais qualificados da vontade popular (que dela saberiam mais do que o próprio povo), mas apenas como técnicos especializados na descoberta de uma “concordância prática das discordâncias”, de um arranjo harmónico das várias vozes (da

²³ O Tribunal, depois de afirmar que “perfilha o entendimento de que a vida intra-uterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de protecção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente”, que “essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa” e que “é no campo de valoração delimitado pela proibição do excesso e pela contraposta proibição de insuficiência que o legislador tem que exercitar a sua competência de modelação da disciplina da interrupção voluntária da gravidez. Podendo optar por consagrar uma protecção superior ao mínimo que lhe é jurídico-constitucionalmente imposto, o legislador não pode ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso (em último termo, do princípio da proporcionalidade). Só serão constitucionalmente conformes as soluções que respeitem ambas as proibições”, o Tribunal concluiu que as normas em causa não são inconstitucionais, pois ambos os limites foram respeitados.

²⁴ Não deixa de ser curioso verificar que a divisão dos votos dos juízes, que corresponde grosso modo à percentagem de 60% / 40%, é idêntica à percentagem obtida no referendo de 2007: o “sim” teve 2.238.053 de votos, correspondente a 59,25%, e o “não” obteve 1.539.078 votos, correspondente a 40,75%. É claro que este dado, só por si, não significa que as valorações do Tribunal Constitucional correspondem sempre às valorações da sociedade, mas, de certa forma, não deixa de ser revelador de que a forma de eleição dos juízes – 10 dos juízes têm de ser eleitos numa lista única aprovada por 2/3 dos deputados (artºs 163º, al. h) e 222º/1, da Constituição), sendo os restantes 3 cooptados por estes – leva a que os mesmos partilhem de um conjunto de valores coincidente com a grande maioria dos eleitores.

²⁵ Os princípios jurídicos são hoje em dia um dado adquirido da ciência do direito, estando agora mais em discussão de forma os valores podem integrar também a ordem jurídica sem que por via deles, a definição da normatividade social não redunde naquilo que determinadas pessoas ou elites entendem que ela deve ser, deturpando o sentido da democraticidade da ordem jurídica.

²⁶ In *Anuário de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, tomo XXV, 2008-2009, p. 267.

polifonia), apoiados (tal como os técnicos do *music mixing*, ou arranjo musical) em instrumentos conceptuais desenvolvidos – alguns desde há muitos séculos – pelo seu saber especializado”²⁷.

O “constitucionalismo”, que configura uma síntese ou uma forma de incorporação dos valores na ordem jurídica, sem se cair na arbitrariedade e no decisionismo na aplicação do direito, conduz a que os órgãos de controlo da constitucionalidade, pelo menos em última instância, tenham de ter uma legitimidade democrática. Veja-se que a força da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal Americano resulta essencialmente do facto de os seus juízes serem indicados pelo Presidente e confirmados pelo Senado, resultando assim a nomeação de um compromisso entre o poder executivo e o poder legislativo, ambos com legitimidade democrática directa²⁸.

A tudo isto acresce a responsabilidade do intérprete aplicador. Como refere Josep Aguiló Regla exactamente a propósito dos casos difíceis, contraposto aos casos fáceis²⁹, “desde o novo paradigma, a discricionariedade do sujeito chamado a resolver o caso, o aplicador, não se concebe já como liberdade no sentido permitido de eleger qualquer opção, mas sim antes no sentido de responsabilidade, de esse tipo especial de deveres que chamamos responsabilidades. Portanto, quanto mais discricionário é um acto (menos regulado está) mais justificação é necessária”³⁰. Essa responsabilidade está presente, quer no texto de Italo Calvino, quer na decisão do caso *Brown*. O escrivão Abdulah tinha a responsabilidade perante Alá, que representava o fundamento valorativo último da ordem jurídica, mas também perante aqueles a quem Alá pretendia dirigir a sua palavra. Era a ele que incumbia tornar o discurso de Alá apreensível pelos seus destinatários.

O intérprete e principalmente o juiz tem de assumir as suas responsabilidades perante a ordem jurídica e perante a comunidade que serve. Tal foi também um dos argumentos do juiz Warren, quando referiu que o Supremo Tribunal tinha de decidir a favor dos queixosos e considerar inconstitucional a segregação racial, se quisesse manter a sua legitimidade como instituição de liberdade. A atitude assumida por alguns dos juízes de que a questão em causa no caso *Brown* dizia respeito ao legislador, era uma fuga às responsabilidades que, naquele caso, se impunham ao Supremo Tribunal.

Assim, e para concluir, temos que quanto aos limites, o intérprete-aplicador está limitado pelas regras e pelos princípios definidos pelo sistema jurídico, que são identificados por intermédio de uma regra de reconhecimento, mas está legitimado a definir conceitos, explicitar o conteúdo de princípios, a colmatar deficiências e lacunas que o sistema jurídico, em confronto com a realidade, vem a demonstrar, tudo enquadrado pelo conteúdo material da Constituição política, em especial pelos valores que nela estão plasmados. E deve levar a cabo a sua tarefa tendo em atenção que serve uma comunidade que espera dele decisões que respeitem a ordem

²⁷ In “Caleidoscópio...”, pp. 156-157. Ideia idêntica é a que propõe Francois Ost. Configura três figuras de juízes, o juiz-Júpiter, o juiz-Hércules e o juiz-Hermes, sendo o primeiro o paradigma do juiz ligado à pirâmide das normas, caracterizado pelo monismo jurídico, reconhecendo apenas a ordem jurídica estatal, o segundo o paradigma do juiz assistencialista, engenheiro social, activista da transformação da sociedade ao serviço do Estado-social e o terceiro corresponde ao novo paradigma da pós-modernidade, do juiz que substitui o monismo pelo pluralismo jurídico, o determinismo do discurso jurídico positivista pelo discurso jurídico hermenêutico (in “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, trad. de Isabel Lifante Vidal, *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía*, nº 14, 1993, pp. 169-174).

²⁸ Seria uma solução a pensar para o nosso Tribunal Constitucional, pois, como vem sendo reconhecido por várias pessoas ligadas ao mundo do direito e da política (muitas delas aos dois simultaneamente), o Presidente tem um *superavit* de legitimidade e um *deficit* de poderes. O poder de nomear juízes para o Tribunal Constitucional creio que se enquadra no âmbito do funcionamento das instituições democráticas de que o Presidente é o garante.

²⁹ Este autor, à semelhança de Dworkin, faz a contraposição entre “casos fáceis” aos “casos difíceis” (distinta da contraposição do positivismo clássico entre “casos regulados” e casos “não regulados”), sendo os primeiros aqueles para cuja solução existe uma regra no sistema jurídico que é valorativamente compatível com as outras regras e coerente com os princípios, e os segundos são aqueles para cuja solução não existe uma regra directamente aplicável, exigindo para intensa actividade deliberativa e justificativa (vd. “Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en Pocas Palabras”, in *Revista Doxa*, nº 30, 2007, p. 673).

³⁰ Idem.

jurídica democraticamente estabelecida, mas que também espera que ele seja um mediador da complexidade do sistema jurídico, tornando o discurso, através da fundamentação, claro e acessível, assumindo também que, se não deve ser um justiceiro, também não deverá ser um Pilatos, que não assume as responsabilidades decorrentes do seu papel social.

Referências bibliográficas

AGUILÓ REGLA, Josep – “Positivism y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en Pocas Palabras”, in *Revista Doxa*, nº 30, 2007, pp. 666 a 675.

DWORKIN, Ronald

Taking Rights Seriously, Cambridge University Press, 1977

Laws Empire, Cambridge University Press, 1986.

HART, Herbert – *O Conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, António Manuel – *Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

LIFANTE VIDAL, Isabel – “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuário de Filosofia del Derecho, Nueva Época*, tomo XXV, 2008-2009, pp. 257 a 278.

OST, Francois – Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. de Isabel Lifante Vidal, *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía*, nº 14, 1993, pp. 169-174.