

IDEIAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO

António Manuel HESPANHA

“With a few remarkable exceptions, jurists are not able to think by themselves about the basic issues (theoretical and practical alike) arising in the course of their professional commitments (and indeed – someone suggested – they often do not even notice them)”.

I. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE INTERPRETAÇÃO

A ideia de interpretação do directo supõe um conceito de texto e de sentido: 1) um texto tendencialmente a que está subjacente um único sentido válido; 2) sentido esse que pode ser identificado pelo intérprete, com certeza ou, pelo menos, com uma certa plausibilidade; 3) identificação pode ser comprovada ou como a certa ou como a mais plausível.

Para esta identificação e comprovação haveria critérios, constantes de uma certa combinação de elementos de interpretação: 1) o elemento gramatical, dado pelo sentido do conjunto ordenado das palavras no texto (vocábulo, incluindo a sua etimologia [elementos semânticos], regras gramaticais [elemento sintáctico]); 2) o elemento lógico (regras do pensamento correcto); 3) o elemento histórico (materiais –textuais ou não–que permitiriam esclarecer a intenção do(s) autor(es) do texto; 4) o elemento sistemático (sistema–i.e., conjunto ordenado de textos, sujeitos a uma unidade de princípios em que o texto a interpretar se insere), 5) o elemento teleológico (objectivo normativo pretendido–no passado/no presente) pelo texto.

Tudo isto foi fortemente abalado por várias novidades metodológicas que, em diversas áreas do saber, se sucederam nos últimos cem anos, mas

que tardaram muito a ser absorvidos pela dogmática do direito, tal o peso das concepções metodológicas aqui dominantes.

II. AS MUDANÇAS DE CENÁRIO

A teoria da interpretação é, no seu núcleo duro, velha de duzentos anos. Entretanto, muitas coisas mudaram, quer na teoria da linguagem e do texto, de onde a teoria da interpretação evidentemente arranca; quer na teoria do direito; e, além disso, no próprio contexto civilizacional que cerca tanto o direito como a comunicação. Nos números seguintes, apontaremos muito sumariamente algumas dessas mudanças.

1. *Dificuldades postas pela hermenêutica*

A hermenêutica não era uma novidade quando se formou a teoria clássica da interpretação. Como ciência da interpretação constituía uma disciplina genérica, tendo como objecto a decifração de sentido de qualquer coisa que o pudesse ter (v.g., a forma das plantas e dos frutos, a fisionomia das pessoas e dos animais, as cores, os sinais físicos dos estados fisiológicos, os restos encontrados em sítios arqueológicos); mas, principalmente, o sentido dos textos.

O principal legado da hermenêutica foi o de evidenciar que o sentido não é algo de objectivo que se encontre nos sinais, mas antes o resultado de um processo de interpretação (ou leitura) desses sinais à luz da experiência pessoal e cultural do intérprete, processo em que as interpretações prévias (a tradição interpretativa, bem como a habituação e expectativas que ela gerou) ou as interpretações próximas (contexto, universo de referência, casos paralelos) têm um papel fundamental). É a este vai e vem entre o texto a interpretar e este conjunto tradicional ou contextual de referências que, já previamente, guiam os resultados da interpretação que se chamou o “círculo hermenêutico”. Por isso é que –embora tenha havido muitas correntes da hermenêutica, com opiniões diferentes sobre as possibilidades e limites da interpretação– a mensagem que fica das escolas hermenêuticas é a da impossibilidade de considerar os resultados da interpretação como algo de objectivo, produto de um processo de observação marcado pela radical distinção e autonomia entre o intérprete e a coisa interpretada. De onde a interpretação ganhava uma natureza objectiva, podendo de ser verificada e, consequentemente, taxada de verdadeira ou de falsa.

Sendo assim, a hermenêutica contribuiu para desreificar o sentido, para salientar a sua pluralidade e mobilidade e para destacar a decisiva importância que o acto de interpretar tem nos resultados da interpretação.

2. *Dificuldades postas pela linguística e pela semiótica*

Logo a partir do início do século que a linguística saussuriana (F. de Saussure [1857-1913]) e pós-saussuriana pôs em causa muitas assunções pacíficas quanto à natureza dos textos e do seu sentido. Ficou a fazer parte dos axiomas teóricos da linguística, nomeadamente, que não há um sentido subjacente ou anterior ao texto; que este é dado pelo texto, na sua elocução concreta (em cada “acto (de fala)” que o activa [instancial]). Por isso mesmo, não se pode pensar num único sentido, mas em sentidos contextualizados pelas circunstâncias que rodeiam o acto de fala (de escrita, de comunicação) e, por isso, sentidos mutáveis. Mutáveis: 1) pela sintaxe, que é historicamente e regionalmente variável; 2) pela semântica, já que todos temos como referente mundos de objectos também mutáveis; 3) pela pragmática, já que cada acto de activação se dá no âmbito de uma relação comunicativa entre interlocutores diversos e diversamente caracterizados do ponto de vista social, cultural, intencional, etc. (“saturação pragmática” do sentido); 4) ou, o que é dizer quase o mesmo, pela participação do intérprete numa comunidade comunicativa, cujas inter-relações obedecem a específicas regras de comunicação.

Por sua vez, a semiótica —ou ciência dos sinais, uma antiquíssima disciplina, completamente renovada nos finais do século XIX e durante o séc. XX (Charles Sanders Peirce [1839-1914]; Umberto Eco (1932- ...; Julia Kristeva, 1941-...))— estudou, a partir de muitas perspectivas, os vários factores de que depende o sentido, desde a gramática de encadeamento dos sinais (sintaxe, as formas das suas relações com o mundo não linguístico (semântica) ou o modo (as intenções, os contextuais institucionais, as relações comunicacionais) em que os sinais são usados pelos comunicantes (pragmática).

3. *Dificuldades postas pela “teoria da recepção” (Wolfgang Iser [1926-2007], Hans-Robert Jauss [1921-1997]) e pelo desconstrutivismo (Jacques Derrida [1930-2004])*

As proposições anteriores foram ulteriormente afectadas pela “teoria da recepção” para a qual o locutor se limita a emitir proposições (sentences), cujo sentido está dependente dos actos de leitura (de cada “acto (de leitura)”

que as apropria. Por isso, não há um único sentido, mas sentidos contextualizados e, por isso, mutáveis segundo a cultura e as expectativas do leitor: Muitos dos resultados da teoria da interpretação resultam de reelaborações de correntes já referidas. Assim: o salientar da dependência da interpretação 1) em relação às representações prévias do mundo e do texto (à pré-compreensão) que enformam o espírito do leitor; 2) em relação à cadeia de interpretações prévias em que o leitor está inserido (tradição); 3) em relação aos conhecimentos presentes no seu espírito (ídeo-texto; arquivo; horizonte de leitura); 4) em relação aos interesses e intenções do leitor relativamente ao uso do texto (“interesses que dirigem o conhecimento”: *erkenntnisleitende Interessen*).

Uma vez que todos os sentidos são, assim, construídos num contexto particular, é uma violência feita ao texto fechá-lo em apenas alguns desses sentidos. Estes devem, pelo contrário: 1) ser sujeitos a uma desconstrução; 2) de modo a deixar livre a equivocidade/plurivocidade essencial da comunicação; 3) e a conseqüente liberdade de criar livremente novos sentidos, diferentes ou contraditórios com os anteriores (ou “paradoxais” em relação a estes).

4. *Difícultades postas pelas mudanças civilizacionais das sociedades contemporâneas. A sociedade do conhecimento*

No entanto, as mudanças porventura mais dramáticas deram-se ao nível civilizacional, com o advento de formas sociais caracterizadas pelo primado do conhecimento, pela globalização e pelo apagamento das funções normativas dos Estados.

Também quanto a este ponto, limitamo-nos a remeter, muito sumariamente, para traços civilizacionais já muito analisados.

O primeiro é o do advento da sociedade dita do conhecimento, em que, ainda mais claramente do que no passado, este se transformou num factor primordial de produção, não apenas de bens e serviços, mas sobretudo das próprias relações sociais. Ou seja, com o puro conhecimento — muitas vezes apoiado em suportes tecnológicos (máquinas, fábricas, matérias primas materiais) apenas mínimos — produzem-se transformações fundamentais no modo de viver. E, para além disso, a dinâmica social repousa, cada vez mais, na comunicação, desmaterializada, longínqua, instantânea. Isto, se produziu um mundo em que os factores de produção se mobilizaram e dinamizaram à dimensão do globo, desterritorializando-se por sobre as fronteiras dos Estados, colocou a comunicação, a sua natureza e a sua eficácia

transformadora no centro das atenções. Daí que se diga que, hoje em dia, as relações sociais são sobretudo encaradas como relações de comunicação e que o agir quotidiano é encarado como um agir comunicativo. Importando-se, assim, para a teoria social (e também para a teoria do direito) muitos dos resultados da análise das línguas e dos discursos antes evocadas.

As consequências de tudo isto que aqui nos interessa realçar são:

- conversão do sujeito em interlocutor; ou seja, a substituição de um imaginário da pessoa como titular de uma vontade livre, criadora, visando certos objectivos (intencional) por ou outro do sujeito como determinado por sistemas de comunicação que ele não domina, cujo sentido não modela e cujos produtos não correspondem à sua vontade ou intenção;
- necessidade de contextualização do significado a partir das posições dos interlocutores (v. acima);
- equívocidade (mobilidade, dinamismo, inovação, imprevisibilidade, multiplicidade) dos sentidos, dos valores (inexistência de um idem sentire, cultural ou consensual).

5. *Dificuldades postas pelas mudanças civilizacionais das sociedades contemporâneas. A sociedade globalizada*

A estas consequências do impacto do mundo comunicativo somam-se as da sociedade globalizada, de que nos interessa destacar muito brevemente sobretudo as que se relacionam mais directamente com o direito e o Estado:

- Dificuldade de controlo directo de acções e comportamentos, ainda que territorializados, devida ao enviesamento das medidas estaduais (baseadas no imperium) pelos efeitos produzidos pela acção comunicativa, já que esta gera sentidos próprios, independentes das intenções originárias;
- Impossibilidade de controlo de medidas desterritorializadas (fluxos de informação na internet, fluxos internacionais de capitais, controle de centros financeiros off-shore, salvaguarda dos equilíbrios mesológicos à escala global, repressão da criminalidade internacional, sobretudo se esta actua com instrumentos desmaterializados [v.g., os hackers]);
- Dinamismo exponencial e global das regulamentações espontâneas geradas por práticas desterritorializadas.

6. *Dificuldades postas pelas mudanças civilizacionais das sociedades contemporâneas.
O Estado na sociedade dos dias de hoje*

Muito das teorias tradicionais da interpretação supunham a existência do Estado-Nação: 1) quando enfatizavam a importância da vontade (histórica, actualizada ou presumida) do legislador; 2) quando, ao considerarem que a interpretação tinha que se desenvolver no seio da moldura de uma norma superior, supunham uma estrutura hierárquica do ordenamento jurídico (Stufenwesen); 3) quando, ao recorrerem ao elemento sistemático, pressupunham uma “unidade espiritual” (ou “axiológica”) do ordenamento jurídico; 4) quando, no âmbito da interpretação teleológica, supunham uma unidade ou univocidade de objectivos de uma norma; 5) quando, ao avaliarem as posições subjectivas antepunham as situações garantidas pela lei (“direitos adquiridos”) às situações estabilizadas na prática ou geralmente esperadas.

Hoje em dia, pouco disso é válido:

Enquanto emissor de normas, o Estado-Nação foi substituído por uma multiplicidade de pólos reguladores, por sua vez, cada vez mais informais e menos estruturados em face de valores ou objectivos duráveis. Esta retirada do Estado libertou forças egoístas e pouco propensas a soluções consensuais (darwinismo social), pelo que “a busca dos interesses de cada um constitui a matéria-prima das convenções [consensos sobre valores/sentidos] explícitas”. Sendo a sociedade pós-moderna o contrário de uma sociedade holista, ela não dispõe, ainda em mais alto grau do que as anteriores, de valores comuns partilhados, sendo estes agora substituídos por uma sobreposição parcialmente coincidente (overlapping) de valores contraditórios, decorrentes da interacção de redes de práticas sociais e políticas. Assim, um discurso genérico sobre a justiça não se adapta a esta complexa rede de actores colectivos.

É certo que o Estado-Nação criou mecanismos de obter consensos sobre valores e modos de vida comum. Um deles foi a democracia, nomeadamente naquela modalidade que veio a triunfar e que hoje é o seu modelo padrão —a democracia representativa—. Apesar de continuar a ser o artefacto político (realmente implantado) menos deficiente quanto à produção de consensos político-sociais, a democracia representativa apresenta, no entanto, insuficiências evidentes, que têm fornecido outros tantos argumentos contra a sua prestação política e, no campo do direito, quanto à legitimidade da sua regulação característica — constituição, leis parlamentares. O seu modelo governo e as suas normas apresentariam deficiências graves de correspondência com a vida, não apenas pela sua lentidão e grau de abs-

tracção, mas sobretudo porque o afastamento “sacerdotal” do Estado em relação à vida —que seria uma das condições de sucesso da sua actuação neutral— o privou de uma abertura cognitiva em relação ao mundo da vida sobre a qual repousava justamente a sua capacidade de reagir, de se irritar ou de responder com rearranjos internos —ao dinamismo e novidades dessa vida—. Por outras palavras, a ineficiência do Estado decorreria de da perda de capacidade de gerar um conhecimento próximo, profundo, reflectido e avaliado acerca das matérias a regular. Sendo, por outro lado, certo que só este conhecimento possibilitaria uma regulação adequada da vida, decorreria que o Estado-Nação teria deixado há muito de ser capaz de reunir num centro único o conhecimento necessário para lidar adequadamente com a diversidade; e que, por isso, teria tendido a substituir um conhecimento complexo e plural pelo conhecimento, tão rico em intensidade quanto limitado em generalidade, dos peritos e dos burocratas.

Destas insuficiências cognitivas do modelo do Estado-Nação decorrem:

- A insuficiência dos meios cognitivos do Estado para obter um conhecimento completo, complexo e dinâmico sobre a vida, o qual lhe permita uma regulação adequada dessa vida;
 - A impossibilidade de auto-avaliar, constante e centralmente, os resultados da regulação estadual, bem como de formas não estaduais de regulação;
 - A ultrapassagem da regulação do Estado pela regulação espontânea da vida e os consequentes afastamento do Estado do centro da regulação e esgotamento da lei como forma principal de regulação;
 - O desprestígio (perda de legitimidade) da lei como instrumento de regulação adequada, ajustada, justa e, logo, legítima de regulação;
 - O aparecimento de filhos póstumos do Estado, os burocratas e os juízes que, num mundo pós-estatal, tentariam reproduzir o modelo de neutralidade e de distanciamento típico da função reguladora do Estado, cultivando embora as mesmas atitudes político-sociológicas e os mesmos métodos deontológicos e intelectuais.
- Estas consequências podem ainda desdobrar-se ou desencadear outras, já hoje bastante visíveis.
- O Estado perdeu a capacidade de controlo jurídico das redes transnacionais de comunicação, essenciais a uma regulação efectuada por instâncias estaduais ou pluri-estaduais (i.e., por organizações convencionais de Estados);

- Tanto externa como internamente, a verificação uma forte erosão das pretensões regulativas do direito, face à economia e à política), que tendem a ser consideradas, em si mesmas, como fontes de regulação, com interesses (oportunidade, rentabilidade) tão legítimos como os interesses da “justiça”; daí o uso indiscriminado de razões de decidir de natureza jurídica, política ou económica
- Desnecessidade de opinio iuris, substituída pela opinião dos media, de organizações “famosas” [associações profissionais, organizações não governamentais, multinacionais];
- A erosão de componentes centrais da dogmática jurídica estabelecida:
 - Hierarquia clara e fixa das fontes de direito;
 - Legitimação do direito a partir da Constituição e função directamente dirigente desta;
 - Primado do direito baseado em instituições, processos, princípios e garantias estaduais;
 - Confusão entre vigência e validade [formal, processual] das normas
- Substituição da elaboração da lei pelos parlamentos (governos ou comissões parlamentares) pela entrega da sua elaboração a entidades privadas (sociedades de advogados, sindicatos de interesses do sector respectivo);
- Erosão da justiça formal, substituída pela arbitragem de corpos quase privados de regulação e de composição, decidindo segundo normas dinâmicas e não necessariamente pré-existentes;
- Risco de castração, por um Estado burocratizado ou por uma clique de especialistas, daquela iniciativa e inventiva periférica que é a condição de auto sustentação dos sistemas sociais;

Esta situação —que pode ser multiforme, de intensidade variável ou desigual nos diversos sectores da regulação— levou a que tivesse que se assumir a pluralidade dos ordenamentos e dos valores jurídicos jurídicas, ao mesmo tempo que se repensa o lugar do Estado na regulação e se se reflecte sobre a reformatação a levar a cabo na componente estadual da nova regulação. Ou seja, mesmo para quem não aceite a razoabilidade das propostas liberais de desmantelamento ou enfraquecimento do Estado e continue a considerar importante a sua presença na regulação e na composição dos litígios, torna-se hoje claro que o modo de intervenção do Estado nestas tarefas tem que mudar decisivamente e, com isto, que hão de ser repensados núcleos centrais da teoria do direito e da dogmática jurídica.

III. UMA REDEFINIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTADUAIS NO DOMÍNIO DA REGULAÇÃO

Em face desta perda de eficiência da regulação estadual tradicional, chega-se à conclusão de que uma regulação/normação mais reflectida, capaz de responder à dinâmica de diferenciação e de inovação das sociedades actuais, apenas pode provir de saberes que resultem da institucionalização de processos contínuos e sustentados de observação e avaliação das práticas sociais, que incluam o ponto de vista de todos os intervenientes nestas práticas (firmas, organizações de trabalhadores, de consumidores, ONGs) e que sejam, metódica e sistematicamente, sujeitas a reflexão e controle. Por isso, este trânsito do modelo estadualista para o de um pluralismo auto-reflexivo necessita de incentivos para observar a experiência, para reflectir criticamente sobre ela, e para induzir mecanismos de auto-regulação que contribuam para estabilizar a experiência por meio de regras que satisfaçam, muito alargada e sustentadamente, as diversas expectativas sociais.

Esta pode ser, precisamente, a nova função do Estado, combinada embora com a regulação directa que ele possa continuar a levar a cabo. De facto, neste sentido de contribuir para constituir saberes que possam fundamentar a regulação que corresponda à extrema complexidade da sociedade contemporânea, uma das funções centrais do Estado há-de ser a da constituição e disponibilização de conhecimento sobre os processos sociais, bem como sobre os resultados da sua regulação —estadual ou não—, bem como dos mecanismos de resolução de conflitos em cada âmbito. Conhecimento que se caracteriza pela sua boa qualidade, ou seja, pela sua completude, complexidade, plurilateralidade, pluridisciplinaridade, actualização, reflexão e sentido crítico. Neste domínio, os observatórios integrados por académicos juristas e de outras especialidades, por práticos, por utentes ou consumidores comuns, podem ser os ambientes óptimos de produção deste conhecimento.

Isto equivale a dizer que, mais do que uma era de regulação pós-estadualista a nossa é antes uma era em que a função do Estado se terá deslocado da regulação directa para uma função de apoio aos sistemas de auto-regulação, apoio que inclui modalidades diversas. Uma delas é a de promover tanto a reflexividade dos sistemas de regulação (das entidades reguladoras, fornecendo-lhes dados fiáveis onde a regulação assente, ou complementando aqueles que elas mesmas colham) como a promover a sua auto-reflexividade (obrigando-as, v.g., a proceder auto-avaliação dos resultados da regulação, ou a confrontá-los com as reacções de todos os grupos de interesses envolvidos — produtores, consumidores, trabalhadores, utentes, e outros implicados no domínio a regular); outra delas é a de impedir o congelamento

das interacções entre os reguladores e os regulados, forçando-os a contactar e a transaccionar, como acontece quando se obriga a processos de concerteção, se facilitam as formas de controle cidadão da normaçoão ou quando se fomentam expedientes abertos de recurso (como a aççoão popular ou as class actions).

É também desta forma — apoiando, no plano cognitivo — as instâncias reguladoras que o Estado pode contribuir para reforçar a função estabilizadora do direito, cujo esclarecimento necessita, porém, de algum desenvolvimento suplementar.

IV. A FUNÇÃO ESTABILIZADORA DAS NORMAS JURÍDICAS E OS MODELOS DA SUA REALIZAÇÃO

As normas jurídicas tem por objectivo estabilizar de forma consensual e sustentada as relações sociais num certo domínio, reduzindo a complexidade do sistema social (N. Luhmann).

No direito do Estado-Nação, isto fazia-se a partir da imposição da legislação estadual e de uma técnica interpretativa estreitamente dirigida à revelação da vontade do legislador, vinculada a critérios metodológicos estabelecidos na lei e a resultados interpretativos coerentes com os já fixados pela jurisprudência e pela doutrina (positivista).

Hoje, temos que prescindir desta referência à coerência do ordenamento jurídico ou mesmo a uma simples e automática conformidade com a Constituição porque, ainda que o modelo interpretativo satisfaça do ponto de vista da justiça ou da política do direito, ele não corresponde já — observada a realidade actual — ao que efectivamente acontece no mundo de hoje; a regulação do Estado-Nação nem pode cobrir todos os domínios a regular — alguns deles situados ao nível da sociedade global —, nem pode ser tão ágil e diversificado que acompanhe a evolução frenética da vida contemporânea.

Realmente, na sociedade pluralista da pós-modernidade, o Estado é obrigado — para o bem e para o mal — a suportar múltiplas concorrências normativas. O Estado não só perdeu a capacidade de controlo normativo global, como também não criou instâncias para observar cabal e sistematicamente a multiplicidade das situações, dos processos e das experiências. Neste modelo heterárquico (hierárquico) de sociedade, a estabilização sustentada tem que ter em conta o modo de funcionamento de todos os sistemas normativos em concorrência e os seus mútuos arranjos, de forma a que as normas e as suas concretizações interpretativas satisfaçam as expectativas

e produzam aceitações consensuais em todos eles. Mas, para que isto aconteça, no seio de um arranjo permanentemente dinâmico dos vários sistemas normativos, só a existência de mecanismos de observação dos resultados das experiências de estabelecimento de normas gerais ou de concretização interpretativa das normas já existentes possibilita que se encontrem soluções boas (i.e., geralmente estabilizadoras, geralmente consensuais ou, pelo menos, propiciadoras de transacções geral e sustentadamente viáveis de interesses). Sem isso, o Estado não só não pode comandar, como também não sabe com segurança o que comandar, nem em que sentido.

Isto implica uma reacentração das actividades centrais do Estado. Estas não serão mais as funções clássicas do Estado liberal —legislação, aplicação judicial das leis e garantia da segurança externa e interna—. Mas outras actividades que, ligadas embora à garantia da estabilidade e, por isso, da segurança, se traduzem noutras funções:

a) no desenvolvimento e conservação das infra-estruturas da informação, que sejam capazes de gerar conhecimento sobre os processos sociais relacionados com a regulação (observatórios de legislação e da justiça, bem como de outros mecanismos sociais de regulação e de resolução de conflitos — das autoridades autónomas de regulação, das suas práticas, das respostas das entidades reguladas e das reacções dos indivíduos e grupos interessados);

b) na expansão e garantia dos direitos fundamentais, entendidos mais como instrumentos de libertação da inovação e da geração de novos dinamismos sociais do que como prerrogativas ligadas a valores próprios do homem;

c) na produção de irritações (ou bloqueios) que o jogo do sistema não possa produzir espontaneamente (ou seja, no aumento do potencial de auto-transformação do sistema social para criar formas novas, que provem ser mais consensuais e mais duráveis, de equilíbrio (estabilização) das relações sociais).

Ou seja, o papel das normas estaduais mantém-se, mas sendo agora dirigido para a introdução de fiabilidade, generalidade e universalidade nos processos de auto-regulação; ou, no caso do seu completo fracasso, numa regulação directa ou de recurso. É para viabilizar e dinamizar esta função que a criação e interpretação das normas se deve orientar. O mesmo se diga em relação à criação e concretização/interpretação de normas não estaduais.

V. APLICAÇÃO À FEITURA DAS NORMAS

Mesmo antes da sua aplicação, a norma pode ter ou não a virtualidade de realizar a sua função estabilizadora. Isso depende de, no processo da sua feitura, se terem observados boas práticas —que são basicamente aquelas que adiante se enunciarão quanto à sua concretização interpretativa— ou seja, práticas destinadas a promover a aceitação consensual da norma nos vários sistemas da prática que ela visa estabilizar de modo a promover um acordo sobre a solução genérica que ela estabelece para os conflitos que obedecem ao padrão descrito na sua hipótese.

Por outras palavras, uma norma de direito do trabalho não é boa, se for apenas aceitável (pelos gestores) no universo da prática gestionária das empresas, mas não no universo da práticas dos trabalhadores; isto porque, enquanto teria um efeito estabilizador no primeiro universo, teria, pelo contrário, consequências desestabilizadoras no segundo. E, por isso —por causa deste seu carácter parcial ou enviesado— não favorece a realização sustentada das expectativas de todos os intervenientes na prática empresarial e económica. Sobre a hipótese inversa, o juízo é o mesmo. Outro exemplo (hoje bem actual): uma norma que desresponsabilize os administradores de (por exemplo) sociedades financeiras pelos resultados a longo prazo da sua gestão, mesmo para além do horizonte dos seus mandatos, sendo porventura consensual no mundo dos gestores (sobretudo dos temerários e levianos), não corresponde às expectativas nem de accionistas, nem de utentes, nem de terceiros que possam ser afectados pela gestão imprudente e egoísta, ditada apenas pelo desejo dos gestores de maximizarem os lucros (e os seus prémios de produtividade) durante os seus mandatos.

Pelo contrário, uma norma de direito (bem como uma sua concretização para um caso específico) é boa 1) se se funda em consensos informados e reflectidos; 2) se corresponde à satisfação de expectativas gerais; ou 3) se gera a possibilidade de produção de conhecimento e de modelos experimentais de solução, mesmo se baseados apenas no conhecimento fragmentário dos problemas e das soluções permitido pela dinâmica social. A maneira de conseguir isto será uma ligação mais estreita entre o processo de decisão, o conhecimento controlado e reflectido e a experiência partilhada.

Uma palavra final sobre a função heurística do normativo constitucional, no meio de todo este processo de decisão.

VI. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E REGULAÇÃO INDIRECTA

Uma teoria pós-moderna do direito não pode aceitar o conceito mais corrente de constituição dirigente, pois este implica um sistema jurídico unificado (pelo Estado) ou mono-centrado (na sua regulação, sobretudo na constitucional) e estruturado em pirâmide (Stufenbau). Ora, precisamente, uma concepção pós-moderna do direito repousa, em contrapartida, na ideia de que a função estabilizadora do direito decorre de uma coordenação (ou sobreposição parcial) de diferentes sistemas normativos que se acomodam entre si por processos mútuos de iritação e de reestruturação e não por relações de superioridade/dependência. A legitimidade do sistema jurídico —ou seja, a sua capacidade para realizar a sua função de redução da complexidade e de estabilização das relações sociais— depende justamente da sua boa adaptação ao desempenho desta função de coordenação.

É claro que o Estado pode forçar (impor) uma regulação sua; e, se o fizer, esta terá que ser conforme à norma que, na lógica interna do sistema jurídica estadual, tem uma hierarquia superior —a Constituição—. Só que esta vontade de poder não garante uma efectividade real, pois a “irritabilidade” (i.e., a abertura, a determinabilidade) dos outros sistemas pela regulamentação constitucional provém de uma lógica que é interna a esses sistemas que não integram o sistema de direito estadual, constituinte apenas o seu “ambiente”. Por isso, o impacto da Constituição sobre eles não depende da vontade do legislador constituinte, da vontade do Estado, nem das boas vontades dos constitucionalistas.

Em domínios territorializados da prática social (v.g., os que lidem com elementos pouco globalizáveis — comércio de imóveis, regime laboral afectando os trabalhadores, direito do consumo, direito do ambiente e do ordenamento do território), o direito estadual pode —é certo— assegurar uma iritação muito forte dos sistemas envolventes, porque poderá, em princípio, condicionar directamente os processos (regulamentação tecnológica, normas de protecção ambiental, etc.) e os efeitos (anulá-los, penalizá-los, conferir-lhes vantagens) destes sistemas. Mesmo aqui, a imposição de regulação estadual cogente pode frustrar-se, pois em todos estes ramos existem elementos facilmente globalizáveis e, logo, capazes de escapar à regulação estadual — investimentos voláteis, localização/deslocalização de empresas, paraísos off-shore, etc. —.

Em contrapartida, nos domínios desterritorializados, os comandos constitucionais impor-se-ão, normalmente (v. antes), ao direito e à prática estaduais, mas serão normalmente frustrados quando forem inconvenientes em relação a redes práticas que possam furtar-se facilmente ao império do

Estado e da sua administração (mercados financeiros, firmas multinacionais, comércio internacional) e iludir, assim, as consequências da regulação estadual.

Apesar disto, a doutrina da função dirigente da constituição tem ainda argumentos de peso a seu favor.

Um deles é o da sua especial legitimidade democrática —entendida a noção no seu sentido clássico, de ligação à vontade dos cidadãos—, pois o processo constituinte constitui ainda —apesar de tudo— a forma mais regulada (processualizada), mais igual e mais transparente de expressão dessa vontade.

Se adoptarmos um conceito sistémico de legitimidade —que a equipara à capacidade para criar formas estabilizadoras dos sistemas, que garantam a continuidade do seu funcionamento— ainda se pode dizer que as características do consenso constitucional —e, mesmo, legislativo— são particularmente favoráveis à realização dessa função e à satisfação das expectativas normativas mais gerais. Na verdade, todos os cuidados que rodeiam os consensos constitucionais e legislativos —mecanismos processuais, garantias de exaustividade da expressão das opiniões, promoção de consensos abrangentes e reflectidos— promovem a estabilidade das soluções aí consagradas e, nessa medida, são favoráveis ao estabelecimento de rotinas normativas e ao preenchimento duradouro e alargado das expectativas comunitárias.

Um outro argumento —que joga preferentemente ainda com outros entendimentos da legitimidade— relaciona-se com o facto de as constituições contemporâneas estarem fortemente orientadas para a garantia dos direitos fundamentais; e uma vez que estes são factores de promoção da inovação e da irritação de formas holísticas e tradicionais de regulamentação, a Constituição tende a ser um elemento favorável à renovação das experiências sociais e ao estabelecimento de formas de articulação de interesses voltadas para o futuro e, por isso, susceptíveis de promover formas novas de relações sociais e de obrigar a encontrar formas de estabilização que incluam estas inovações.

É, porventura, nesta medida que alguns autores —nomeadamente brasileiros— procuraram alargar ainda mais o conceito de constituição dirigente, criando a noção —por ora um tanto polissémica— de neo-constitucionalismo ou constitucionalismo inclusivo. Neste caso, dirigentes seriam não apenas as regras (“se A, então B”) constitucionais, mas ainda os valores embebidos na constituição, sob forma de princípios (“se? então B”). Porém, este neo-constitucionalismo (com este conteúdo) tem dois tipos de dificuldades. Por um lado —e apesar da exigência de uma concretização mínima no plano do texto constitucional— restará sempre um espaço largo de ar-

bítrio judicial no plano da identificação dos princípios, bem como nos da sua ponderação e otimização; e tudo quanto seja arbítrio judicial joga quase sempre, sendo as coisas como são, tanto numa perda de capacidade estabilizadora do sistema, como numa concretização socialmente discriminatória do directo. Por outro lado, parece que se agrava a questão do lugar da constituição na ponderação das fontes de direito num ambiente normativo pluralista, pois a referência aos princípios constitucionais aparece como uma indicação tão estratégica que arrisca consumir a autonomia de outros níveis de regulação.

VII. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

A defesa do dirigismo constitucional está estreitamente ligada à crença em que as Constituições dos Estados Democráticos expressam formas avançadas de democracia, entendida esta como a possibilidade dada aos cidadãos de exprimirem a sua vontade sobre a organização da cidade, estabelecendo as normas básicas do seu direito, de acordo com um processo regulado, transparente e controlado, de expressão dessa vontade —o processo da democracia representativa—.

Sabemos que este desígnio é, em parte mítico, porque este processo é passível de muitos enviesamentos, tanto na escolha dos representantes, como na forma como estes levam a cabo o seu mandato. Daí que não tenham faltado propostas de aperfeiçoamento da democracia representativa ou mesmo de evolução para outras formas de democracia, como a democracia participativa, a democracia comunicativa ou a democracia deliberativa.

Por isso, também, é que se vem defendendo que, numa sociedade sem centro, o conceito de democracia deve mudar radicalmente, deslocando-se da questão da origem da regulação (“quem quis as normas”), para a da sua eficiência no sentido de obter soluções que satisfaçam, no grau mais elevado e sustentado possível, as várias redes de interacção prática existentes na sociedade (“a quem agradam/convêm/dão segurança as normas”). Neste sentido, as normas cumprem os requisitos democráticos se reunirem o consenso prático ou a adesão do maior número de organizações sociais.

Um segundo elemento de reforço da democracia —estritamente ligado ao primeiro, como se dirá— estaria ainda na “matéria prima” de que essas normas provêm. Ou seja, as normas decorrem de um capital de saber prático constituído a partir da experiência de todas as redes (todos os parceiros) sociais envolvida(o)s; e não a partir do saber opaco de peritos ou

de burocratas. O que corresponde à ideia de que o direito deve “capitalizar as experiências”, tirando partido da reflexão que delas fazem os que nelas estão mais directamente comprometidos.

Deve, porém, ter-se consciência de que esta forma de democracia a partir dos resultados, apresenta também muitas dificuldades, quase tantas como a democracia comunicativa proposta por Habermas. Se for levada a sério:

- Tem que se garantir que se toma em consideração, de forma não parcial, o grau de satisfação de todos os participantes de todas as redes de interacção;
- Tem que se garantir que as praticas sociais não são manipuladas, apropriadas ou bloqueadas, por aqueles que, naquela experiência prática, aparecem como os mais fortes, sejam estes os grupos financeiros internacionais, os grupos financeiros nacionais, os cartéis de mala vita, os sindicatos, os burocratas instalados, os empregados, os desempregados, grupos étnicos ou religiosos, etc..;
- Tem que se considerar que, sendo estes processos de interacção muito menos estruturados e transparentes (susceptíveis de observação e de reflexão) do que os da política formal, a garantia da sua fairness é muito mais difícil;
- Por fim, importa não esquecer que a configuração do sistema de fontes tem consequências no poder de dizer o direito. Um sistema com maior complexidade e maior indeterminação confere aos juízes uma latitude maior de liberdade para fixar a decisão. Uma definição mais aberta e imprecisa das fontes de direito confere aos responsáveis pela concretização do direito —os juízes, os juristas— um poder social muito maior. Esta situação (a de um Richterstaat ou de um Juristenstaat) é historicamente conhecida, pois foi a que dominou a prática judicial de Antigo Regime, cujo decisionismo era apenas limitado pelas ideias de opinio communis e de styli curiae, ou seja, pelo respeito de costumes judiciais e doutrinários estabelecidos pelos próprios tribunais. E são conhecidas as reacções profundamente negativas em relação a um sistema de decisionismo jurisprudencial ou judicial auto-referencial, corporativo, insindicado e, em termos sistémicos, pouco irritável pela insegurança e quebra de expectativas do seu meio ambiente;

Tanto mais que —é bom que, realisticamente, isto não seja esquecido— os efeitos negativos da incerteza do direito (ou da discricionariedade judicial), além de eventualmente distorcerem o princípio da legitimidade num Estado democrático, não recaem igualmente sobre todos os cidadãos,

antes favorecendo os grupos socialmente mais poderosos. Como também, por outro lado, o poder de uma elite profissional —como a dos juristas ou dos juízes— não tenda a ser socialmente equidistante.

Como conclusão. O sistema comunitário no seu conjunto (nacional) consagrou na Constituição —de forma particularmente solene, regulada e, presume-se, reflectida— as suas mais plausíveis regras de consenso e de estabilização sociais. Daí que uma norma boa — que aponte para formas plausíveis de conferir estabilidade às relações sociais deve prudentemente ter em conta este meta-sistema normativo constitucional, pelo capital de auto-reflexão e de prudência prospectiva que ele encerra.

VIII. APLICAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EM ABSTRACTO DAS NORMAS

Uma norma pode ser interpretada em abstracto, sem que a reportemos a nenhum caso concreto (sem que a pretendamos concretizar)

Há quem opine que, nestes casos a interpretação (text-oriented interpretation) se limita a atribuir à norma um significado, substituindo-a por um equivalente linguístico, como na tradução (reduzindo, portanto, a interpretação jurídica, a um momento cognitivo).

No entanto, esta interpretação não tem objectivos meramente linguísticos, mas práticos. Trata-se, na verdade, de definir o âmbito dos casos em que a norma pode ser concretizada. Por isso, mesmo nestes casos —que são típicos na interpretação doutrinal— o elemento normativo (e não apenas cognitivo) —ou seja, como foi dito, empenhamento na realização da função estabilizadora do direito— deve estar também presente. Ou seja, devem ser procurados os sentidos que melhor contribuam —para o domínio virtual de concretizações daquela norma— para realizar soluções consensuais e estabilizadoras, ou seja que alarguem o potencial campo de concretização da norma.

O intérprete terá que antecipar o elenco óptimo de casos de concretização (figurar exhaustivamente casos de aplicação possível da norma) e verificar quais os seus sentidos que melhor realizem, em cada tipo de casos, a referida finalidade de redução da complexidade.

Trata-se, afinal, de um processo intelectual bem conhecido da doutrina, que não se limita a encontrar equivalentes para uma norma, mas testa, embora em abstracto, a sua adequação normativa.

IX. APLICAÇÃO À CONCRETIZAÇÃO INTERPRETATIVA DAS NORMAS

A chamada “interpretação” orientada para casos (concretização) acaba por constituir uma reiteração do teste da capacidade da norma para gerar consensos, realizar expectativas e estabilizar as relações sociais, mas agora em face de um caso concreto.

Ou seja, trata-se agora de eleger, de entre os vários sentidos inevitavelmente possíveis da norma, aquele que, no caso concreto, melhor realiza a sua função estabilizadora; ou, dito de outro modo, trata-se de verificar se, para o caso em exame, a norma oferece uma solução estabilizadora.

Em relação à teoria clássica da interpretação, as novidades provêm hoje, como já se disse, da consciência de que a norma não é linguisticamente unívoca e de que a ordem jurídica —nem sequer a estadual— também não é axiologicamente coerente, podendo princípios de diferentes sentidos nela contidos ser simultaneamente referidos ao mesmo caso.

Tanto a teoria da argumentação como a técnica da ponderação procuravam responder a esse problema.

A primeira, salientando que a solução jurídica não decorre de esquemas de inferência inequívoca —como os da lógica formal ou da jurisprudência dos conceitos—, mas também da avaliação da sua maior ou menor plausibilidade, aferida pela argumentação desenvolvida a seu favor.

A segunda, partindo do princípio de que existem na ordem jurídica —mesmo na de um Estado-Nação— princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua respectiva optimização), que devem ser objecto de um juízo de mútua ponderação (*Abwägung, Ausgleich*).

Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, case oriented, case sensitive). Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios.

O que a concepção pluralista pós-moderna traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de ordens normativas relevantes para o caso. Introduce-se, assim, como que uma concretização (justificação argumentada, ponderação) “ortogonal” da solução. Num plano, argumenta-se sobre as ordens normativas; noutra, sobre a hierarquia local (e global) dos valores de cada uma.

Porém, isso há-de ser feito não com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente

- assente na sua visão do mundo;
- assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação;
- assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido;
- assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior.

O fundamento da concretização/interpretação há-de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adoptado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afectados, naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio (que funcione e cumpra os objectivos do direito)

Isto tem várias consequências imediatas na concretização das normas jurídicas:

Todos os elementos de contextualização da norma em função da sua concretização devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico); nomeadamente:

- As experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;
- As expectativas de todos os grupos de agentes envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;
- A tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;
- Os dados normativos da Constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam; como, subsidiariamente e em grau tendencialmente equiparado: na Europa, a conformidade como direito comunitário; noutras áreas do mundo (v.g. Hong Kong, Japão, Singapura, China), a conformidade com o direito anglo-saxónico dos negócios.

X. OS LIMITES DA CONCRETIZAÇÃO

Umberto Eco dedicou uma obra famosa ao que ele chamou os “limites da interpretação” (*I limiti dell’interpretazione*, 1990). Ou seja, tendo qualquer texto um sentido aberto (*Opera Aperta*, 1962), apropriável e de novo refeito a cada leitura, não existirão limites a esta abertura? As proposições serão totalmente maleáveis, disponíveis para a atribuição de qualquer sentido? A resposta de Eco foi negativa, identificando alguns limites à interpretação, em que a intenção de sentido do autor (do texto) (*intentio auctoris*) se imporia à atribuição de sentido pelo leitor (*intentio lectoris*). O melhor exemplo é o das linguagens formalizadas, que o são porque procuram justamente a univocidade.

Haverá “limites à concretização” normativa?

Dada a irremediável equívocidade da linguagem natural, em que são escritas as proposições jurídicas, a resposta parece ter que ser negativa. Como todas as linguagens não formalizadas, a linguagem das normas tem inevitavelmente muitos sentidos.

Mas pode haver constrangimentos “normativos” do sentido, no momento da concretizar de uma norma.

Costuma dizer-se que o sentido tem que, de alguma forma, “caber” no texto, sob pena de deixarmos o campo da interpretação / concretização para se entrar no campo da enunciação do directo. Nos termos das actuais concepções da teoria da linguagem e do discurso, este milite faz pouco sentido, pois esbarraria contra um dos seus princípios fundamentais: o princípio da superabundância do sentido, da irremediável equívocidade da linguagem e do carácter aberto do texto.

No entanto, a própria teoria do discurso insiste muito em que cada discurso tem uma ordem interna —uma “regularidade” (M. Foucault) —, que não decorreria de quaisquer pressupostos de validade, mas da observação das próprias práticas dos discursos e das regras que elas impõem para que certa sequência de sinais seja entendida como pertencendo àquele concreto género de discurso. Seria isso que distinguiria, por exemplo, a história do romance histórico; o direito da ética ou da política; a ficção romanesca da ficção poética.

Esta ideia de uma “regra de reconhecimento” que regula a aceitabilidade de proposições como fazendo parte de um certo género discursivo tem notórias semelhanças com a ideia de “norma de reconhecimento”, conceito estabelecido por H. L. Hart para designar a norma meta-discursiva que determina, em cada ordenamento jurídico concreto, as normas que são aceites como pertinentes.

Nestes termos, podemos dizer que os limites da interpretação poderiam ser constituídos pelos limites postos pela norma de reconhecimento em vigor num certo sistema (doutrinal) de direito. Ou seja, que seria aceitável qualquer interpretação que decorresse de argumentos aceites numa determinada comunidade comunicativa do directo.

Segundo creio, este ponto de vista não conflitua, em princípio, com a ideia antes expressa de que a concretização / interpretação deve tender para uma solução alargada e sustentadamente consensual, que permita a realização da função estabilizadora da norma de direito. Ou, retomando as expressões de Marcelo Neves, o sentido da interpretação não pode ser totalmente estranha ao texto, pois isto impediria que ela pudesse ser reiterada noutros casos, tornada redundante, estabilizadora; tornaria a decisão inteiramente implausível na esfera pública, dado o contexto dos sentidos aí já construídos, de acordo com o uso dos que são reconhecidos como participantes procedimento interpretativo. Sendo que esse reconhecimento não é gratuito ou arbitrário, antes se fundando na capacidade demonstrada pelas suas interpretações para realizar a tal função estabilizadora do directo.

Constituindo este princípio o critério da interpretação correcta e, ao mesmo tempo, o limite da interpretação pertinente.

XI. A CONCRETIZAÇÃO PARADOXAL

Alguns autores põem a hipótese de ser impossível eleger um único sentido de concretização, por não ser possível encontrar nenhuma solução adequada ou por ser possível encontrar mais do que uma parcial mas contraditoriamente adequadas. Nestes casos, estar-se-ia perante uma situação paradoxal.

Como o juízo jurídico não pode terminar numa não solução (*non liquet*), o “intérprete”, longe de ficar paralisado, disporia de um campo totalmente aberto, com possibilidade de inovação do sistema, devendo proceder por um processo de tentativa controlado pelo erro (*trial by error*, *generate and test*, *guess and check*): o que, de novo, supõe instâncias de observação e controlo dos resultados. Neste caso, o erro será a frustração de um resultado consensual e estabilizador. “O processo de interpretação produz uma prática histórica de fixação de sentido, uma contínua repetição e extensão de sentido, uma permanente transformação e adiamento do direito. Apenas pela justificação a partir dos resultados produzidos, as soluções se tornam plausíveis e actuam de forma, ao mesmo tempo, estabilizadora e modificadora, sobre a norma”.

Ainda aqui, não se cai num pleno arbítrio no caso de concretização — como seria defendido por um cepticismo duro, em que qualquer sentido de concretização seria válido (“anything goes”) —, justamente porque o paradoxo tem que ser resolvido com respeito pela função estabilizadora do direito, colhida a partir da observação e das virtualidades estabilizadoras e consensualizadoras de tentativas controladas. Por sua vez estas tentativas e o conhecimento dos seus efeitos, irão enriquecer a base de conhecimento que guiará futuros intérpretes. E, por isso, alguns autores, longe de considerar o paradoxo, ou aporia, como um momento de suprema crise na concretização do direito, antes o vêem como um raro momento de inovação ou de liberdade criativa total, sujeita embora a verificações subsequentes dos resultados tentados.

XII. O PROBLEMA POLÍTICO DA INTERPRETAÇÃO

O maior ou menor âmbito da liberdade interpretativa/concretizadora (discretion) é também um problema político, ou mesmo de política do direito (e não apenas teórico). Na verdade, num modelo político dominado pelo princípio de separação dos poderes, parece haver uma contradição entre este princípio constitucional e o reconhecimento da autonomia interpretativa dos juizes em relação à lei (à constituição), pois tal ofenderia, cumulativamente, o monopólio de criação do direito que compete ao legislativo, o primado da lei e a função dirigente da constituição, corolário da autonomia do poder constituinte.

Há quem negue esta contradição: ou porque os princípios da separação dos poderes e o da autonomia interpretativa estariam em planos diferentes, o primeiro constituindo uma norma (plano normativo), o segundo uma constatação de facto (plano cognitivo); ou porque a criação normativa pelo legislativo é geral e nova, enquanto que a aplicação pelo judiciário é derivada e particular. No entanto, a decisão judicial pode anular sentenças, produzir jurisprudência, criar precedentes, ser vinculativa em geral, por força virtude da natureza ou hierarquia do tribunal, etc.

Subsiste, portanto, um conflito inegável entre democraticidade-legalidade e um cognitivismo ético subjacente à criação judiciário do directo; e não se trata apenas de um conflito de natureza académica, pois frequentemente traduz questões de opção política, como refere M. Barberis: um juiz “de esquerda” pode interpretar um artigo da Constituição no sentido de este permitir uniões homossexuais, enquanto que, para um outro juiz “de direita”, esse artigo as proíbe.

Ainda aqui, a regra geral da resolução do conflito político existente entre os dois princípios normativos tem que se orientar para a solução mais consensual e estabilizadora. Tendo, porém sempre em conta que, também e sobretudo neste domínio político —i.e., relativo à organização dos poderes na república—, o princípio democrático, consagrado na lei e na Constituição pelos representantes da comunidade, exprime mais provavelmente um consenso mais geral e estabilizador do que aquele que se pode obter a partir da soma de decisões particulares e diversamente contextualizadas. Até porque o valor democracia —estritamente ligado ao valor legalidade— é aponta para consensos menos saturado de opções ideológicas (thinner) do as decisões de uma pessoa ou de um pequeno grupo com uma certa homogeneidade social e vivencial, embebida nas suas próprias convicções, nas suas visões do mundo, todas elas mais carregadas (thicker) de valorações e, por isso, menos consensualizáveis... Ou seja, perante dilemas normativos controversos, é mais plausivelmente consensual e estabilizador manter aquelas posições que resultam de consensos comunitários formalizados, como as leis ou a constituição.

XIII. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Há uma tendência actual para defender a especificidade da interpretação constitucional, fundada, sobretudo,

- a) no carácter mais vago, flexível e programático de muitas das suas disposições (princípios), o que deixaria uma maior liberdade ao intérprete;
- b) na necessidade de uma interpretação actualizante que acomodasse as normas constitucionais às mutações do pacto social subjacente;
- c) na necessidade de interpretar as normas constitucionais no sentido de extrair daí princípios adequados a orientar o resto do ordenamento jurídico e a realizar, assim, a função dirigente da constituição;

Porém, dada a inevitável pluralidade de sentidos, não há fronteiras nítidas entre proposição (normas), umas mais outras menos “abertas”; entre normas que apenas tenham um núcleo normativo (perante as quais seria fácil decidir do elenco dos casos que abrangem; daí que os casos seriam, reciprocamente, fáceis de resolver [soft]) e outras que, para além desse núcleo, tivessem ainda uma zona de penumbra (relativamente à qual seria difícil decidir do enquadramento de quaisquer casos —perante as quais todos os casos seriam difíceis de enquadrar [hard])—.

Em segundo lugar, há que salientar que a interpretação constitucional tem limites mais estreitos, não podendo consistir numa actividade inovado-

ra de sentido, numa actualização do pacto constitucional ou numa actualização constitucional do pacto social (cf. acima, al. b), pois este tem normalmente processos estabelecidos na constituição (revisão constitucional).

Finalmente, quanto à necessidade de extrair das normas constitucionais princípios orientadores, além de parecer supor uma concepção hierárquica do ordenamento jurídico que o pluralismo veio problematizar, tal não é exclusivo da interpretação constitucional, tendo lugar no seio de outras constelações normativas do ordenamento jurídico.

O que, repito, parece haver, é alguma especificidade no impacto da constituição dos Estados democráticos na interpretação de outras normas, justamente pela ligação que existe entre ela e o pacto constituinte (ou reconstituente) que lhe deu origem, com a mais alta probabilidade de este representar um conjunto de soluções normativas mais consensuais e estabilizadoras. Dado que a constituição é o produto de um processo de decisão colectiva destinado a garantir ao máximo a sua universalidade e consensualidade, sendo também frequentemente dotada de cláusulas que garantem e regulam a sua actualização periódica, é plausível que ela acolha aquelas soluções normativas que exprimem um consenso mais geral e estabilizador para o conjunto da comunidade, embora, para isso, os seus preceitos tenham que manter, normalmente, uma estrutura normativa pouco densa (*thin*). Daí que, na interpretação de outras normas, o sentido das normas constitucionais deva obter uma ponderação especial. Ou seja, perante dilemas normativos controversos, é mais plausivelmente consensual e estabilizador manter aquelas posições que resultam de consensos comunitários mais formalizados e reflectidos, como os expressos na constituição.

Algumas constituições contém regras sobre a sua própria interpretação. No plano da interpretação, aplicam-se-lhes os considerandos anteriores, com a diferença de que, aqui, a norma a interpretar é a própria norma constitucional. Porém, uma “ordem objectiva de valores”, alegadamente extraída da constituição pela doutrina, já não tem essa relação umbilical com o pacto constituinte, pelo que pode carecer da mesma virtualidade consensual e estabilizadora.

XIV. CONCLUSÃO

Procurei, neste texto de síntese —e, por isso mesmo, bastante concentrado e supondo assunções teóricas evocadas muito brevemente —mostrar porque é que a teoria clássica da interpretação não pode hoje subsistir, mesmo de pois dos afeiçoamentos metodológicos da jurisprudência teleológica

(purposive jurisprudence), da jurisprudência dos interesses, ou de certas leituras das teorias hermenêuticas. Ao realçar a importância que tem, no momento da concretização/interpretação, o confronto entre argumentos ou valores a ter em conta, as teorias da argumentação ou da ponderação fluidificaram o momento concretizador da norma, permitindo que esta ganhasse o sentido mais favorável ao cumprimento da sua função estabilizadora, geradora de consensos duradouros de interesses, ratificadora de expectativas sócias gerais. Porém, no fim do contas, estas teorias acabam por ser feridas pelo mesmo germe das que, no campo da política, procuram aperfeiçoar a democracia: ou seja, para garantir melhor os verdadeiros interesses da comunidade, retiram a esta a palavra última e entregam-na a grupos de especialistas ou de burocratas. Por um processo idêntico ao que, no século XIX, a promessa de um direito popular (Volksrecht) acabou por desembocar na construção de um Professorenrecht elitista e totalmente cortado da vida.

Das duas teoria pode salvar-se muito, nomeadamente quanto à necessidade de ponderar e sopesar interesses ou valores contraditórios. Só que os critérios desse confronto têm que ser buscados nos próprios círculos da vida em que se geram os conflitos que a norma a concretização da norma visa resolver.

Isto envolve algo de novo, em atitude e em recursos.

No plano das atitudes, exige que quem concretiza tem que estar bem consciente de que a lide não lhe pertence – que diz respeito a outros, cujos interesses toca e cujas opiniões sobre a decisão devem ser o estofa mesmo dessa decisão. Se desconhecer isto e cair na tentação de, armado da sua auto-suficiência técnica ou burocrática, se tornar no porta voz dos verdadeiros interessados, comete o erro, o crime (e, então, o pecado) de *facere litem suam*, um dos mais criticados vícios dos juizes na tradição jurídica ocidental.

No plano dos recursos, esta audição em todos os azimutes dos interesses envolvidos, bem como das consequências para estes de cada uma das possibilidades de normação ou de concretização normativa, exige que, desde os tempos da sua formação inicial, o jurista tenha à sua disposição fontes de informação adequadas e actualizadas sobre a vida do direito, elaboradas por especialistas na averiguação dos factos e dos sentimentos sociais. Contrariando um antigo dito romano, não basta um reconhecimento perfunctório ou impressionista dos humanos e sociais (*humanarum rerum notitia*) para se saber separar o justo do injusto (*iusti atque iniusti scientia*). E, já que estamos em maré de romanos, lembremo-nos de que algum dos juristas desse tempo já tinha entrevisto esta radical dependência do direito em relação

às aspirações normativas dos factos (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*).

Imagino-me, por fim, na pele de um jovem jurista depois de ler este texto. No caos de fechamento ao mundo, de auto-suficiência, desinformação, de impressionismo, de formalismo, de recusa de saberes outros, que domina o saber jurídico, onde vai ele buscar os subsídios indispensáveis para este processo concretizador cognitivamente aberto aos saberes e aos interesses sociais? Não é muito animador o quadro. Mas é sempre preciso não esquecer que muita informação está ali mesmo à nossa mão, nas páginas dos jornais, na Internet, na literatura das ciências sociais, nas conversas que ouvimos na rua, nas experiências que colhemos da vida de todos os dias. Basta recolher, sistematizar, confrontar e reflectir. Enquanto as coisas não mudam, a níveis mais estruturad.