

**PROVAS DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FILO-
SÓFICAS DE ANA PAULA MOREIRA**

Cristina M. M. Queiroz

Faculdade de Direito

Universidade de Coimbra

2007

I. Apresenta a Senhora licenciada *Ana Paula Moreira* uma dissertação de Mestrado, na menção de Ciências Jurídico-Filosóficas, intitulada: “*A correcção normativa como herança metodológica da jurisprudência dos interesses e as dimensões da sua possibilidade no pensamento de Manuel A. Domingues de Andrade e António Castanheira Neves*”.

II. A escolha do tema delimita desde logo o objecto e conteúdo da dissertação. Começarei, pois, a minha arguição por um comentário breve acerca da “*escolha do tema*”, seguido da ordenação de considerações *gerais e específicas* relativas à *sistematização, apuramento dogmático, rigor científico e fundamentação das opiniões expendidas*.

III. Assim, e no que concerne à “*escolha do tema*”, direi que este, nas suas linhas gerais, me parece correcto no quadro de uma liberdade de escolha da candidata. Não apenas porque pretende analisar e sintetizar o pensamento jurídico-filosófico, de uma perspectiva histórica e metodológica, de dois dos maiores expoentes da Teoria do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, como ainda se propõe encetar uma revisitação — histórica e metodológica — através de dois elementos ou pilares constitutivos da teoria da argumentação jurídica prática geral actual: a *jurisprudência dos interesses* e a proposta de *correcção normativa*. A este objectivo junta a inserção na problemática por si escolhida da emergência de um possível “*uso alternativo do Direito*”, associado à realização de uma “*magistratura democrática*”, integrada no chamado movimento do “*Direito Alternativo Brasileiro*”.

IV. Identificada a escolha do tema, e as considerações que me parecem pertinentes, importa agora proceder às *observações gerais*.

(a) No que diz respeito à *estrutura do trabalho*, esta parece-me parecer de uma não autonomização de um capítulo próprio sobre o “Direito Alternativo Brasileiro”, ou, melhor, sobre a proposta de um “uso alternativo do Direito”, inserida no debate actual sobre o “pluralismo jurídico”, e, em particular, da escola da magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Sobre esta questão gostaria de ouvir a candidata, na medida em que o que resulta da sua dissertação é a inclusão deste tema no capítulo dedicado ao pensamento do Professor António CASTANHEIRA NEVES, designadamente no âmbito da possibilidade de uma prática de “correção normativa” das decisões precedentemente tomadas pelo legislador. O confronto com a proposta “jurisprudencialista” de António CASTANHEIRA NEVES não me parece razão suficiente para a não autonomização deste título num capítulo específico.

Excluindo esta questão, que se refere à estrutura basilar do discurso, diria que a presente dissertação articula uma narrativa, em geral, correcta, embora descritiva, sem grandes falhas de inter-conexão. É, numa palavra, um discurso ordenado, que naturalmente espelha a interpretação e visão da sua autora.

(b) A *bibliografia* mostra-se, em geral, correcta, embora não muito vasta, mas a que devo acrescentar as seguintes observações:

- Primeiro, tratando-se de uma dissertação de Mestrado, conviria que as duas obras referenciadas de Ronald DWORKIN correspondessem aos originais em inglês. Certamente que o que releva é que as tenha lido —

e, sobretudo, compreendido —, mas não deixa de ser igualmente certo que a tradução de certos conceitos, como v. g., o conceito de “policies”, vital na estrutura da argumentação jurídica do autor, e que a candidata traduz por “argumentos de política” (essencialmente argumentos de ordem “teleológica” ou “finalista”), implica no estrito rigor dos conceitos uma consulta aos respectivos textos originais, quanto mais não seja para se evitar equívocos ou ambiguidades, presentes e futuros.

Devo ainda acrescentar que ao longo do texto da dissertação uma questão semelhante ocorre: as citações de obras de autores, sobretudo alemães, em castelhano. Não se tratando do original, pergunta-se: por que razão as não traduziu? Dois exemplos: as citações de Rudolf v. JHERING, nas páginas 24 e 25, e de Philipp HECK, nas páginas 33 e 54.

- Uma outra questão que se prende com a correcção bibliográfica tem a ver com a incompletude (ou incorrecção) na identificação de alguns textos utilizados na feitura da dissertação. Um exemplo: quando refere o artigo do Professor António CASTANHEIRA NEVES, “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’. Os modelos actualmente alternativos da realização (jurisdicional) do Direito”, não identifica a publicação em que o mesmo se insere — a “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, n.ºs. 3883, 3884 (1998), pp. 290 ss., 322 ss.

Trata-se, como facilmente se intuirá, de uma incorrecção formal, que embora não afecte conteúdo do discurso, não deixa de causar uma certa perplexidade e, por que não dizê-lo, uma impressão de falta de rigor que poderia ter sido evitada. Em provas de Mestrado, estas faltas, repito, não são determinantes, mas devem ser evitadas, já que não causam uma boa impressão.

(c) Por último, e a encerrar este capítulo, gostaria de referenciar, no que diz respeito à “*Conclusão*”(ou “conclusões finais”), a ausência de um tratamento temático da(s) mesma(s), traduzindo-se antes no resumo do texto, sem grande esforço de interpretação “temática” e “estratégica”, o que contrasta com o corpo da dissertação, onde essa interpretação se encontra, de alguma forma, presente.

V. No que diz respeito ao *comentário específico*, importa referenciar os seguintes pontos:

(a) Primeiro, a candidata centra o seu discurso, e bem, na temática da “crise” da metodologia jurídica, não esquecendo a relação de efeitos recíprocos entre a “ciência” e o “método”, observada do ponto de vista da aplicação judicial do Direito.

Ora, justamente, é aqui que integra a chamada “crise” dos métodos *tradicionais* ou *clássicos* de interpretação jurídica, com referência à “luta” ou “revolta” contra o formalismo, não apenas na Europa, mas também no continente americano, o que lhe permite depois situar histórica e metodologicamente o problema da “interpretação correctiva”, seja sob a forma da “jurisprudência dos interesses”, com referência demorada e denotada a Philipp HECK, na Alemanha, e a Manuel de ANDRADE, entre nós, e ainda, no contexto actual, a reactualização do tema na obra de António CASTANHEIRA NEVES, sem esquecer a inclusão, igualmente actual e contextual, e que se compreende, tendo em consideração a nacionalidade da autora, do “Direito Alternativo Brasileiro” como proposta concreta de uma possível “correção normativa” e “funcional”.

(b) Mas não posso já — e lamento — é concordar com a candidata no uso a que procede de determinados conceitos nucleares da teoria da inter-pretação e argumentação jurídicas actuais.

Assim:

(i) Antes de mais, o conceito de “norma jurídica”. Aqui verifica-se uma confusão entre o “texto”, o enunciado linguístico, e a “norma” como resultado da interpretação.

(ii) Daqui decorrem determinadas incoerências e ambiguidades que turvam ou enquinam a correcção ou clareza do discurso.

Comecemos pelo conceito de “ruptura com o elemento gramatical” utilizado várias vezes ao longo do texto. Mas, afinal, caberá perguntar: como distingue a candidata a “interpretação” jurídica da “invenção” jurídica?

É certo que a autora aflora, aqui e ali, as funções “positiva” e “negativa” do texto. E até esclarece que o elemento “negativo” figura como limite (inultrapassável, diria eu) da interpretação. Mas a verdade é que não esclarece cabalmente a questão. Onde situar, neste contexto, a “autoridade do texto”, sabendo que esta se afigura como uma questão crucial não apenas em termos interpretativos estritos, mas ainda em sede de uma sábia e prudente separação ou divisão interna dos poderes do Estado?

(iii) Ora, justamente, é aqui que entroncam os problemas da “interpretação correctiva”, “correcção normativa” ou como se lhe queira chamar.

Um exemplo: quando refere, designadamente na página 52, a “interpretação correctiva” como estandarte ou bandeira da “jurisprudência dos

interesses”, redu-la simplesmente a uma “correção do texto da lei”, excluindo, pelo que se pressupõe, a correção da lei enquanto “vontade normativa” distinta da “vontade psicológica” do legislador, situada algures entre a letra e o fim da lei.

A interpretação correctiva resume-se num “decidir contra a norma” na solução de um caso concreto? Uma questão que merece ser esclarecida, bem como a noção de “obediência pensante” de Philipp HECK — “aplicar a lei de uma forma inteligente” (“*intuitus legere*”). Eu diria que falta, a este propósito, uma análise consequente da “estrutura da norma” e do próprio “conceito” de Direito.

Com efeito, o que se encontra subjacente a esta ordenação é, basicamente, a questão da *criação do direito pelo juiz*. Se aceitarmos esta asserção como correcta, coloca-se-nos, então, o problema das “fontes” ou “processos” formais de criação do Direito, numa primeira fase, e, num segundo momento, a caracterização dessa actividade como “jurisdicional” ou simplesmente “legislativa” (recorde-se que Josef ESSER, um autor que não cita, caracteriza a criação do Direito pelo juiz de “direito jurisprudencial legislado”¹). Sobre este ponto, crucial, a candidata não oferece uma resposta unívoca e fundamentada, flutuando no lusco-fusco das diferentes contribuições dos autores citados.

¹ JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, de que existe uma tradução em castelhano, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”, Barcelona, 1961, e *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Francoforte sobre o Meno, 1970. No que concerne à caracterização do “direito judicial” (*Richterrecht*) como “direito jurisprudencial legislado” (*Teile des Gesetzes*), v., sobretudo, JOSEF ESSER, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: “Festschrift für Fritz v. Hippel”, Tübingen, 1967, pp. 95 ss.

(iv) O juiz cria Direito somente nos interstícios da lei? É esta a opinião de Phipipp HECK?² A candidata parece inclinar-se para esta posição. Mas se atentar no Discurso Preliminar de PORTALIS³, de apresentação do Código Civil de 1804 ao Conselho de Estado em França, essa interpretação poderia ser já inferida das suas palavras (para não referenciar a sua concepção própria quanto ao “conceito” ou “essência” do Direito): “A função da lei é a de fixar através de conceitos muito gerais, as máximas do direito; estabelecer princípios fecundos em consequências e não a de descer ao detalhe das questões que podem surgir sobre cada matéria. É o magistrado e o jurisconsulto, penetrados do espírito geral das leis, que deve dirigir a sua aplicação”.

(v) Conviria, pois, explicitar melhor estas questões: *autoridade da lei, vinculação do juiz à lei e o processo de criação do direito pelo juiz*. Daí poder-se-iam extrair conclusões mais seguras sobre o objectivo a que se propôs e, designadamente, a crise funcional dos métodos “clássicos” de interpretação jurídica, o problema da interpretação “correctiva” e o posicionamento dos juízes e da magistratura no quadro dos processos ou fontes de criação do Direito.

(vi) A contraposição da “interpretação” à “aplicação” do Direito, da “razão prática” à “razão teórica”, enfim, dos métodos “dedutivos” ou “subsuntivos” aos métodos “não dedutivos” ou “valorativos” radica nestes

² E também de HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre* (trad. port. de J. Baptista Machado, “Teoria Pura do Direito”), 4ª ed., Coimbra, 1976, especialmente, pp. 327 ss., e H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 11ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1981, especialmente, pp. 128-132, 138-144.

³ Reproduzido em FRANÇOIS EWALD (ed.), *Naissance du Code Civil. Travaux préparatoires du Code Civil*, Paris: Flammarion, 1989, reed. 2004, pp. 41-42.

pressupostos. E aí também a proposta “juridicista” e “principlológica” (: “valorativa”) do Professor António CASTANHEIRA NEVES.

(vii) E, neste particular, a crítica que tece ao Professor Manuel de ANDRADE não me parece correcta e muito menos justa. Já não falo do tempo diacrónico, mas simplesmente da questão da relevância normativa do “elemento gramatical” (donde exclui a possibilidade da “interpretação correctiva”, designadamente na página 82). E o exemplo que refere, o do “artilheiro”, também usado por Philipp HECK, que, segundo as expressas ordens recebidas, bombardearia uma colina, estando já a mesma ocupada pelo seu próprio exército, corresponde mais a um caso de interpretação “apagógica”, de exclusão ou recusa da absurdidade da regra, jamais querido pelo legislador, do que a uma forma, verdadeira e própria, de “correcção” do Direito, para utilizar as expressões da candidata.

(viii) E a conclusão a que chega quanto à metodologia de Manuel de ANDRADE, que situa num “ponto intermédio” entre a “metódica tradicional” do “normativismo positivista” e o sentido actual do “problema metodológico jurídico”, embora acentuando — e bem — um sentido “já fortemente prático-normativo”, não é sua, mas do Professor António CASTANHEIRA NEVES (página 82). Nesta sede, a candidata optou por uma visão descritiva, sem grandes conclusões, recorrendo à visão acertada de CASTANHEIRA NEVES. Podendo ter reconstruído a questão optou por a não fazer.

(ix) Mas também a questão das “lacunas” e, com ela, o problema da “integração”. O Direito é um “sistema” (e não simplesmente uma “ordem” jurídica) “aberto” ou “fechado”? Se a resposta for afirmativa, no primeiro caso, somos tentados a afirmar que o recurso aos princípios jurídicos re-

solve o problema das lacunas jurídicas. Não raciocinamos aqui num “modelo puro de regras”, mas num “modelo de regras e princípios jurídicos”. Uma das distinções caras a DWORKIN, um dos autores citados no texto da dissertação.

E o que é mais: o apuramento dogmático destas questões permite-nos entrar no âmago do problema da “correção normativa”. O Direito já não pode ser definido sem referência à “correção material”. Esta apresenta-se como “condição necessária” (embora não “suficiente”) do próprio “conceito” de Direito⁴.

(x) Uma nota, ainda, para apontar uma incorrecção. O autor da distinção quanto aos sentidos possíveis do “texto da norma” (ou “letra da lei”), referido na página 46 como Jellinek, é Walter JELLINEK⁵ e não Georg JELLINEK.

(xi) Por outro lado, quando refere a interpretação “objectiva” e a interpretação “subjectiva”, esta tem a ver essencialmente com o “fim” da interpretação. Por que a refere como “interpretação dogmática objectiva e subjectiva”? Uma questão por esclarecer. A citação do Professor Fernando PINTO BRONZE da nota 86 da página 50 parece-me esclarecer a questão.

(xii) No que concerne ao pensamento jusfilosófico e metodológico do Professor António CASTANHEIRA NEVES, refere a candidata a sua concepção do Direito como uma forma de cultura ou civilização, o que implica, do ponto de vista do autor, um juízo autónomo de juridicidade no

⁴ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed., Freiburg, 1994.

⁵ WALTER JELLINEK, *Gesetz, Gesetzeanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.

âmbito da dialéctica sistema-problema como forma de revelação (: “re-invenção”) da racionalidade jurídica.

A autora, porém, separa aqui dois momentos: o momento da “interpretação jurídica” propriamente dita e o momento da “concretização normativa”. Mas será que esses dois momentos, verdadeiramente, se contra-põem ou constituem antes um mesmo e único momento?

O problema é sempre o ponto de partida da interpretação. Esta assume uma natureza essencialmente *prática*, de resolução de casos jurídicos, e *institucional*, já que recorre a órgãos e procedimentos jurídicos, numa palavra, ao *método jurídico*. Não me parece que o Professor António CASTANHEIRA NEVES, até porque assume uma teoria historicista e plural do Direito (e da compreensão jurídica), se afaste muito destes parâmetros.

(xiii) A mesma ordem de considerações deve ser convocada quando analisa a posição de Ronald DWORKIN. A questão não está no “texto da norma” — não é o “textualismo” e/ou o “literalismo” que está em causa — mas sim a “intencionalidade” da norma, a sua “coerência normativa”. Em caso de contradição entre a “ratio iuris” e a “ratio legis” deverá prevalecer a primeira. Eis um caso, verdadeiro e próprio, de “correção normativa”.

Os casos práticos que cita, *Brown v. Board of Education* (1954) e *Plessy v. Ferguson* (1882), deverão ser interpretados a uma outra luz. E o que é mais: *Brown* não deve ser visto como um exemplo de “correção normativa” face a *Plessy*, mas, pura e simplesmente, como um exemplo típico de “reviravolta” ou “afastamento” (*overruled*) de um precedente através do recurso à “arte do distinguo”. Os exemplos poderiam multiplicar-se⁶.

⁶ Cfr., a propósito, a *mise au point* do problema em RONALD DWORKIN, *Jus-*

(xiv) É certo que o juiz constrói os critérios e fundamentos do seu juízo com base numa “teoria jurídica própria”. Há aqui manifestamente uma “autónoma realização normativa do Direito” pelo juiz como refere o Professor António CASTANHEIRA NEVES. Este “continuum metodológico” e “problematicamente constituendo”, leva-nos a não estabelecer barreiras fixas ou intransponíveis entre, de um lado, a interpretação jurídica, e, do outro, o momento da sua aplicação ao caso particular.

(xv) A esta luz, a “crise” do Direito não se apresenta como uma crise do Direito “em si”, mas essencialmente como uma *crise da sua metodologia “clássica”*, incapaz de dar resposta, e resposta cabal, aos problemas da época actual. Se se quiser, numa outra terminologia, aos problemas do “ruído” projectados pelo pluralismo societário e organizacional.

(xvi) É certo, ainda, e, neste ponto, concorda-se, em geral, com a candidata, que a resposta a estes problemas não se encontra na redução do Direito à política. O Direito é essencialmente um sistema, uma ordem normativa, que não se compadece com as valorações próprias de uma “estratégia política” (ou “político-social”, *tout court*).

Nesta perspectiva, tem razão a candidata quando critica os diversos “alternativismos” brasileiros, designadamente nas páginas 137 e seguintes. O perigo do “instrumentalismo” ou da “extrema funcionalização” do Direito espreita sempre por detrás dos diversos “decisionismos”.

Mas importa relevar que no Brasil e, em geral, na América Latina, as associações e os movimentos de base, de um ponto de vista político-sociológico, nasceram fortemente politizados. Antes de mais, porque tiveram

tice in Robes, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

de fazer face a um déficit de Estado e de instituições, sem esquecer que grande parte dessas estruturas foram criadas no tempo da ditadura, num momento em que a própria expressão política se encontrava fortemente diminuída ou era mesmo inexistente.

Para além dessa expressão propedêutica ou pedagógica, pode sempre afirmar-se, e nisto concorda-se com a candidata, que o “jurisprudencialismo” preserva a autonomia do Direito, o “Direito alternativo” não.

(xvii) Mas onde já não se pode concordar com a candidata é na afirmação final, contida na “Conclusão”, de que a intervenção judicial gera o perigo do “subjectivismo” e uma desatenção dos “critérios legislativos normativos”. Não apenas estas afirmações se mostram contraditórias com posições assumidas pela autora no corpo da sua dissertação — em larga medida decorrentes de alguma imperfeição e ambiguidade na utilização já relevada de determinados conceitos jurídicos — como produzem ainda perplexidade em quem foi incumbido de as assinalar. Mais uma vez o momento da criação do Direito pelo juiz deveria ter sido objecto de uma ponderação mais cuidada e, com ele, a questão da revisão dos processos tradicionais de criação do Direito e a sua metodologia jurídica.

VII. Dito isto, e quanto à função que me é atribuída nestas provas, independentemente da minha posição sobre os temas e questões elencados, acrescentarei que a dissertação levanta problemas pertinentes, que tocam o âmago da teoria da argumentação jurídico prático geral actual. A empresa a que a candidata se propôs é, sob este ponto de vista, ingente. Referenciar o pensamento metodológico (e jurídico-filosófico) de dois dos maiores expoentes da Escola de Coimbra não é tarefa fácil. Este arrojo e coragem devem ser relevados e ponderados no resultado final.

Resta-me, por último, ouvir a candidata, desejando-lhe as maiores felicidades, na esperança de que o diálogo que irá ter lugar se mostre enriquecedor não apenas para ambas, mas ainda para a Universidade.

Muito obrigada.

Coimbra, 16 de Julho de 2007.

Cristina M. M. Queiroz