

## DO TEXTO AO CONTEXTO: A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS\*

Victor Hugo de Jesus Ventura

*"The Story is told of a science teacher called upon at short notice to cover for an absent colleague by taking a lesson in English literature, a subject unfamiliar to him. The class was studying The Merchant Of Venice and all went well until an odious child in the front row put her hand up. "Please, Sir", she asked, "when Shakespeare says "The quality of mercy is not strained", does he mean strained in the sense of "stretched" or "extended" or "strained" in the sense of "filtered"?" The science teacher was momentarily thrown, but recovered quickly. "If you look at the text closely", he replied, "you will see that Shakespeare says quite clearly that the quality of mercy is not strained, so the question doesn't arise". Such a convenient escape route is not, unhappily, available to lawyers [...]"*

BINGHAM OF CORNHILL,

*A New Thing Under the Sun? The Interpretation of Contract and the ICS Decision,  
Edinburgh Law Review, 12 (2008), pag. 374.*

Sobre a importância da interpretação – enquanto faculdade de relacionamento e de “inter-acção” significativa –, estamos todos nós conscientes. Sabemos contudo que, para os juristas, a hermenêutica tem uma importância acrescida. Em geral, é comum dizer-se que a interpretação jurídica é uma ferramenta ou recurso impossíveis de arredar do instrumentário do jurista.

---

\* O trabalho que ora se publica corresponde, com algumas alterações substanciais de forma e conteúdo, à primeira parte da investigação levada a cabo na disciplina de Direito do Negócio Jurídico Comparado, no ano lectivo 2012/2013, na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Agradecemos ao Professor Doutor Raúl Guichard Alves a oportunidade desta publicação.

E há boas razões para admitir que o mesmo sucede com a interpretação negocial em particular. Alguns dos autores que pararam para estudar com atenção esta matéria não hesitam em afirmar que ela é um capítulo medular dentro da chamada Teoria Geral do Negócio Jurídico / Contrato <sup>1</sup>. E, na verdade, poucos institutos terão contribuído de forma tão determinante e penetrante para o desenvolvimento desta disciplina. Por várias razões. A interpretação sempre se mostrou suficientemente flexível para acudir a problemas dogmáticos não solucionados pela ordem jurídica formal; ela assumiu uma função de piloto na implementação de novos institutos; ela consciencializou-nos – muitas vezes sem disso darmos conta – para a necessidade de reformar alguns dos institutos vigentes; ela alertou-nos também para a redundância de algumas figuras legais fortalecendo a coesão do sistema jurídico <sup>2</sup>. Para Michael L. Boyer a interpretação lembra-nos uma abastada ilha colonial, rica em recursos, alvo de cobiça e guerrilha, e, daí, nunca abandonada <sup>3</sup>. A interpretação contratual é in-

<sup>1</sup> DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, 1985, pag. 113, fala da interpretação como uma “tarefa essencial” (*wichtigste Aufgabe*) dos juristas. BERND RÜTHERS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª edição, C. H. Beck, 1993, pags. 163, fala justamente de uma “ferramenta indispensável” (*unverzichtbar Handwerkszeug*). Também MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a Interpretação do Contrato*, in: Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Almedina, Coimbra, 2012, pag. 957, “a interpretação dos contratos é um tema magno da teoria e da prática jurídicas”. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Inexigibilidade na Relação Contratual: Interpretação do Contrato e Heteronomia*, O Direito, 2013, III, pag. 523, “a matéria da interpretação do negócio jurídico pertence ao núcleo mais tradicional das questões objecto de atenção dos juristas, tanto práticos, como teóricos. Assume, desde há muito, um lugar principal na análise jurídica, lugar esse que, na verdade, nunca poderá abandonar, atenta a sua centralidade, *rectius* prejudicialidade, face à generalidade das questões relacionadas com o negócio jurídico”. CHRISTOPHER STAUGHTON, *How do Courts Interpret Commercial Contracts?*, Cambridge Law Journal, 59/2 (1999), pag. 303, fala da interpretação dos contratos como um tema de “importância vital” para todos aqueles que lidam com a Direito Comercial e chega a considerar a interpretação como uma rubrica bem mais importante na teoria e na prática do que a dos problemas ligados aos vícios e à formação dos contratos. Cfr., ainda, EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação do Negócio Jurídico*, AAFDL, 1988, pag. 13, “a teoria da interpretação dos negócios jurídicos está no cerne da figura do negócio jurídico”.

<sup>2</sup> Com esta opinião, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Inexigibilidade na Relação Contratual: Interpretação do Contrato e Heteronomia*, O Direito, 2013, III, pag. 532, “uma correcta delimitação da actividade do intérprete permitirá descobrir institutos obsoletos no nosso ordenamento jurídico que, em vez de ocuparem a actividade legislativa, deveriam ser consumidos pela actividade interpretativa”.

<sup>3</sup> MICHAEL L. BOYER, *Contract as Text: Interpretative Overlap in Law and Literature*, Southern California Interdisciplinary Law Journal, 12 (2003), pag. 168; EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação do Negócio Jurídico*, AAFDL, 1988, diz, em prefácio, que a interpretação é um tema “quase inesgotável”.

clusive uma das novas descobertas da análise económica do Direito <sup>4</sup>. Acerca do seu potencial, P. S. Atiyah também observou, no seu curto e empírico estudo, que a interpretação dos contratos sempre foi o escape ideal para contornar a rigidez dos sistemas de precedente e com isso granjear soluções inovadoras no Direito dos contratos <sup>5</sup>. Mais ainda: a interpretação pode muito bem servir – como pensou e disse Catherine Mitchell – de barómetro ou observatório do Direito dos contratos<sup>6</sup>: ela é capaz de diagnosticar o seu estágio de evolução; ela permite-nos ajuizar em que pé estão alguns dos conceitos base do Direito privado [o valor da vontade, da autonomia privada, da protecção da confiança...]; ela é, em suma, sensível às várias fases da dinâmica social sendo capaz de as registar. Segundo nos informa Bernd Rùthers também a interpretação negocial / contratual teve de repensar os seus fundamentos após as grandes crises que nos flagelaram no último século <sup>7</sup>. No entanto, e pelo lado negativo, não se pode escamotear que toda esta versatilidade também a terá prejudicado <sup>8</sup> e que a sua tremenda fecundidade torna-a uma rubrica exigente para os seus cultores e pouco atractiva para quem nela se queira iniciar... <sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> RICHARD POSNER, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, Chicago, 2004, pag. 2-3, nota que a Hermenêutica e a Economia são duas disciplinas que sempre foram vistas como dois mundos incontactáveis mas que a interpretação contratual também deve participar na finalidade comum do Direito dos Contratos que é a redução de custos.

<sup>5</sup> P. S. ATYAH, *Judicial Techniques and the Law of Contracts*, in: *Essays on Contracts*, Oxford, 1986, pag. 265.

<sup>6</sup> CATHERINE MITCHELL, *Interpretation of Contracts. Current Controversies in Law*, Cavendish, 2007, pag. 18.

<sup>7</sup> BERND RÜTHERS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª edição, C. H. Beck, 1993, pags. 161-162.

<sup>8</sup> Para GERARD McMEEL, *Language and the Law Revisited: an Intellectual History of Contractual Interpretation*, *Common Law World Review*, 34 [2005], pag. 277, a interpretação contratual proporcionou muitas vezes uma “fuga airosa” para os problemas jurídicos prejudicando a desenvolvimento destes.

<sup>9</sup> De facto, a interpretação negocial [bem como a interpretação jurídica em geral] convoca todo um conjunto de conhecimentos que condicionam o seu estudo e a sua compreensão. Noções consolidadas de lingüística, semiótica e de hermenêutica exigem-se. Para usar a expressão de CATHERINE MITCHELL, *Interpretation of Contracts. Current Controversies in Law*, Cavendish, 2007, pag. 7, a interpretação revela-se uma actividade “parasitária”. MAURO PENASILLICO, *Il Ruolo della Buona Fede nell' Interpretazione e nell' Esecuzione dei Contratti della Pubblica Amministrazione*, in: *Scritti in Onore di Davide Messinetti*, 2007, pag. 1052, diz, num tipo de afirmação já algo gasto, que a interpretação dos contratos, quer públicos quer privados, é dos tópicos mais exigentes para os juristas.

Por outro lado, o seu interesse prático, quicá maior do que todo o seu valor teórico, é um aspecto que já foi sublinhado repetidas vezes pela literatura<sup>10</sup> e até está empiricamente comprovado<sup>11</sup>. De resto, a importância prática da interpretação será tanto maior quanto maior for a amplitude reconhecida ao seu espaço ou âmbito de actuação. Disso nos ocuparemos neste estudo.

Depois de uma introdução tão elogiosa e chamativa, parece difícil de conceber que ainda hoje a interpretação negocial cative tão pouco os juristas<sup>12</sup> ou que até seja, numa opinião mais radical, o seu “ângulo cego” (*blind spot*)<sup>13</sup>. E este é um fenómeno tanto mais insólito porque com ele nos deparamos a vários níveis. De facto, se a jurisprudência costuma ser linear e pateticamente desensabida nesta matéria que dizer então do discurso doutrinal, invariavelmente insosso e monótono<sup>14</sup>. De resto, esta atitude já vem de trás e começa nas escolas de Direito onde a interpretação negocial é estudada e leccionada sumariamente e com rabugem originando depois um círculo vicioso<sup>15</sup>. Michael

---

<sup>10</sup> STEVEN J. BURTON, *Elements of Contract Interpretation*, Oxford, 2009, pag. 1; AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Breves Reflexiones sobre la Interpretación de los Contratos y la Interpretación de la Ley*, Revista Latinoamericana de Derecho, Ano IV, n.º 7-8 (2007), “interpretar é o pão de cada dia do juiz”. Não resistimos a citar aqui ABEL LAUREANO, *Noções Essenciais de Direito Internacional Público*, Almeida & Leitão, 2012, pag. 108, que em introdução ao estudo da interpretação dos tratados referiu que “a interpretação é um instrumento tão essencial para o jurista como o bisturi o é para o cirurgião”.

<sup>11</sup> Segundo dados de ROBERT E. SCOTT, *Text Versus Context: The Failure of the Unitary Law of Contract Interpretation*, s/ edição, pag. 4, nota 4, num estudo estatístico, levado a cabo nos EUA, 26% da litigância contratual de uma dada amostragem tinha que ver com a interpretação de contratos.

<sup>12</sup> PASQUALE VOICI, *Note Sull' Interpretazione del Negozio Giuridico in Diritto Romano* in: Studi di Diritto Romano, vol. I, Cedam, Padova, 1985, pag. 571, e também FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1942, pag. 425, chegam a dizer, respectivamente, que a interpretação é “um dos grandes temas do pensamento romanístico contemporâneo” sendo “objecto de uma observação secular” mas pensamos que ambos os autores se referiam à interpretação jurídica em geral e não à negocial...

<sup>13</sup> Com esta expressão, GERARD McMEEL, *Language and the Law Revisited: an Intellectual History of Contractual Interpretation*, Common Law World Review, 34 (2005), pag. 277.

<sup>14</sup> LAURENCE USUNIER, *Le Droit Anglais de L' Interpretation des Contrats, entre Convergence et Résistance*, Revue des Contrats, 4 (2012), pag. 1373.

<sup>15</sup> Transcreva-se aqui a passagem de ERICH DANZ, *A Interpretação dos Negócios Jurídicos (Contratos, Testamentos, etc.) Estudo Sobre a Questão de Direito e a Questão de Facto*, Coimbra, 1941, pag. 6 e 7, já na altura transtornado com este estado de coisas: “outras das razões que demonstram a grande importância da interpretação dos negócios jurídicos é o costume, introduzido já em todas as nossas Universidades, de obrigar os estudantes de Direito ao exame e

L. Boyer, no seguimento daquela sua metáfora, chega a acusar os colonizadores da ilha da interpretação de nunca a terem explorado devidamente<sup>16</sup>. Também Stefan Vogenauer se espantou quando se apercebeu, ao folhear um tratado de referência mundial como a *International Encyclopedia of Comparative Law*, que aí nada se dispõe sobre a interpretação negocial<sup>17</sup> o que, de resto, até está em sintonia com o lugar “periférico e tardio”<sup>18</sup> que, de uma maneira geral, lhe dedicam os manuais da especialidade. E o mesmo veio a acontecer, verdade seja dita, no vanguardista *Economic Analysis of Law* de Richard Posner onde a interpretação mereceu apenas uns escassos parágrafos: tivemos de esperar pelos inícios deste século para que a análise económica lhe tomasse o gosto. Segundo cremos, este alheamento é sintomático de uma atitude mais geral — com longa carreira na história do Direito — assumida pelos juristas em relação ao fenómeno interpretativo propriamente dito<sup>19</sup>. Estamos em crer que Alexander Lüderitz terá feito a síntese melhor do que ninguém: a história da interpretação resume-se a um permanente esforço em a evitar<sup>20</sup>. É que ainda hoje faz alguma escola — nomeadamente em Itália, França, Espanha, Inglaterra e EUA — a tese de que uma declaração que é clara e precisa prescinde de uma

---

resolução de casos práticos. Estes casos, como é natural, referem-se, quase sempre, a negócios jurídicos, e sem os interpretar, nunca poderá saber-se quais os efeitos jurídicos concretos que produzem. A interpretação é sempre a primeira e inexcusável função que é necessário exercer... A primeira coisa, portanto, que se deve explicar ao estudante de Direito a quem se exija a solução de casos práticos, é em que consiste a função interpretativa e como deve ser desempenhada. Mas raramente assim se procede e a causa de assim ser é a pequena importância que, até agora, se tem dado à interpretação”.

<sup>16</sup> Assim, MICHAEL L. BOYER, *Contract as Text: Interpretative Overlap in Law and Literature*, Southern California Interdisciplinary Law Journal, 12 [2003], pag. 168.

<sup>17</sup> STEFAN VOGENAUER, *Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations*, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper n. 7/2007, pag. 2, nota 2.

<sup>18</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Lisboa, 1990, vol. I, pag. 139.

<sup>19</sup> Como acrescentou CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Lisboa, 1990, vol. I, pag. 151, a interpretação dos negócios também é depreciada por outros factores. Por um lado, pela sua eterna subordinação à interpretação da lei. Por outro lado, pela ideia de que a interpretação dos negócios jurídicos se resume à interpretação das normas que a regulam. CHRISTOPHER STAUGHTON, *How do Courts Interpret Commercial Contracts?*, Cambridge Law Journal, 59/2 [1999], pag. 303, menciona que a interpretação desencoraja os juristas dada a infinidade de jurisprudência que ela envolve a que o jurista se vê obrigado a estudar...

<sup>20</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Auslegung der Rechtsgeschäften: vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, 1966, C. F. Müller, pag. 65.

interpretação. Ainda hoje há quem dê como válida aquela vetusta ideia de que *in claris non fit interpretatio*<sup>21</sup> [no direito anglo-saxónico vai receber o nome de *plain meaning rule*]. A regra é a de que “um texto claro não se interpreta, aplica-se”<sup>22</sup>. E tomar essa ideia como boa é também dizer que a interpretação se deve cingir ao elemento literal com exclusão de todos os restantes elementos (*rectius* o “contexto”) sem que daí advenha qualquer prejuízo para o mérito do exercício e / ou resultado interpretativos [regra conhecida, dentro do universo da *common law*, como *parol evidence rule* ou *four corners rule*]. São muitas as razões que explicam o princípio *in claris non fit interpretativo*. Procuraremos sistematizá-las de seguida.

As primeiras que queremos referir, até porque cronologicamente foram as primeiras, dizem respeito à sua *origem* ou *génese*. A explicação mais evidente, e porventura a mais antiga, remete-nos para a relação especiosa dos juristas com a língua, um traço que ainda hoje é bem visível sobretudo nos juristas oriundos da família da *common law*. De facto, persiste ainda um certo culto à volta da língua, idolatria essa baseada numa fé na pureza inilidível da palavra e numa pretensa carga espiritual de certos enunciados o que sempre causou uma pesada cisma nos juristas. Ainda subsiste um misticismo (quase) hipnótico em redor de uma suposta função mágica ou de talismã atribuída à forma rítmica e sacramental de enunciar a fazer mesmo lembrar todo o ritualismo de alguns contos. Num paralelismo já feito por um autor alemão também a interpretação negocial *geht zu wie im Märchen: nur wer das Zauberwort kennt, vermag den Geist zu rufen*<sup>23</sup>. Um deslumbramento ou fascínio pela palavra (sobretudo a escrita) que remonta aos antigos e que se reflecte insistentemente na atitude dos juristas da nossa contemporaneidade. Fazendo uso da ironia de Gerard McMeel, a interpretação dos negócios estacionou (ou vive estagnada) na era do jurássico ou do “paleolítico jurídico”<sup>24</sup>. Esta compreensão arcaica da língua torna-se um aspecto ainda mais embaraçoso numa classe, como a dos juristas, que tem na língua a sua principal matéria-prima e com a qual tem um

<sup>21</sup> Ou como em perífrase latina também se diz *cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio*.

<sup>22</sup> FRANÇOIS CHABAS, *Leçon de Droit Civil*, Montchrestieu, 1998, vol. I, Tomo II, pag. 334.

<sup>23</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Auslegung der Rechtsgeschäften: vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, 1966, C. F. Müller, pag. 65.

<sup>24</sup> Referindo-se a “dinossauros jurídicos”, GERARD McMEEL, *Language and the Law Revisited: an Intellectual History of Contractual Interpretation*, *Common Law World Review*, 34 (2005), pag. 266.

contacto privilegiado<sup>25</sup>. Exigia-se, por isso, e à partida, uma outra postura. No entanto, quando tomamos consciência de que a massa crítica, ou seja, aquela que emite e faz opinião, é composta exclusivamente por juristas, então o formalismo acaba por não ser assim tão surpreendente. Sendo verdade, como bem notou Mario Casella, que o método interpretativo depende sempre e inevitavelmente da “*forma mentis* dos seus estudiosos”<sup>26</sup>, somos então forçados a admitir que o objectivismo extremo e formalista seria já expectável em face do conservadorismo e circunspecção próprios dos juristas. Estes teimam em estudar o tema da interpretação negocial trancados na sua “torre de marfim”<sup>27</sup> negligenciando por completo a vocação prática ou o estudo interdisciplinar que a interpretação tanto favorece<sup>28</sup>. Naturalmente, interfere também aqui a eterna questão de saber até que ponto pode o Direito deformar (e no limite perverter) princípios interpretativos gerais fortemente estabelecidos no senso comum. Acresce que este fenómeno de “concentração” do exercício interpretativo veio depois de ser “ratificado” pelo paradigma textualista que dominou a interpretação literária durante um longo período e que influenciou o pensamento jurídico<sup>29</sup>.

Por outro lado, o latinismo *in claris non fit interpretatio* acabou por ser um esquema forjado pelos juristas para tentar vender uma tese altamente comodista: fazer crer que o *iter* interpretativo é simples por tendência<sup>30</sup>. O que na verdade se quis foi evitar a missão intragável, detestável e enfadonha de mergulhar na malha ou narrativa de factos que rodeiam os contratos. Ao reduzir o exercício interpretativo ao texto seriam poucas as despesas assumidas. No fundo, entronca também aqui uma questão de atitude perante o “dado” e o

---

<sup>25</sup> Denotando nos juízes uma simultânea tarimba e amadorismo linguísticos, ADAM KRAMER, *Common Sense Principles of Contract Interpretation (and how we've been using them all along)*, Oxford Journal of Legal Studies, 23 [2003], pag. 174.

<sup>26</sup> M. CASELLA, *Negoziò Giuridico (Interpretazione del)* in: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, 1978, XXVIII, pag. 24.

<sup>27</sup> Com esta expressão, GERARD McMEEL, *Language and the Law Revisited: an Intellectual History of Contractual Interpretation*, Common Law World Review, 34 [2005], pag. 277.

<sup>28</sup> Assim, sublinhando o seu carácter altamente interdisciplinar, GERARD McMEEL, *Language and the Law Revisited: an Intellectual History of Contractual Interpretation*, Common Law World Review, 34 [2005], pag. 273.

<sup>29</sup> Sobre o literalismo na interpretação literária (*close-reading*) cfr. MICHAEL L. BOYER, *Contract as Text: Interpretative Overlap in Law and Literature*, Southern California Interdisciplinary Law Journal, 12 [2003], pag. 173 e segs.

<sup>30</sup> FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007, pag. 520, fala do princípio *in claris non fit interpretatio* como um “refúgio edénico” dos juristas.

“conhecer” (saber quem ocupa a primazia: a forma ou o conteúdo). Na sugestiva imagem de Avery Katz, a sensação é semelhante à diferença entre comprar um livro clássico em versão de bolso, pobremente sumariado, para ler abnegadamente no comboio, ou ter acesso à versão completa, anotada e com direito a prefácio e posfácio, para satisfazer uma vontade ougada de chegar mais próximo da verdade dos factos<sup>31</sup>.

Finalmente, nota-se que o literalismo se funda na convicção, sem qualquer apoio empírico, de que as partes, principalmente diante da necessidade de deixar por escrito o seu acordo negocial, não cometem quaisquer lapsos. De acordo com esta assunção o sentido gramatical sairia (mais uma vez) altamente legitimado. Esta ilação terá talvez as suas raízes na especial autenticidade conferida aos documentos públicos do reino. Nesses casos, estouvado seria o intérprete que desautorizasse o texto chancelado com o selo real<sup>32</sup>.

Já outras razões surgiram mais recentemente sendo que a maioria delas é oriunda da *análise econômica do Direito*. O seu propósito foi sustentar as investidas do contextualismo fazendo uso de argumentos *ad terrorem* ou de “chantagem”. De comum a todos eles está a convicção de que o contextualismo provoca uma incerteza jurídica insuportável e que, pelo contrário, a maior virtude do textualismo seria a segurança e estabilidade proporcionadas ao comércio jurídico. Houve mesmo quem dissesse que regras como a *parol evidence rule* seriam o grande pilar da economia<sup>33</sup>. Procuraremos também sistematizá-las de seguida.

Marginalizar o contexto da declaração e reduzir a interpretação ao texto é, segundo se pensa, o melhor remédio para bloquear o caudal probatório nos processos, deter ou estancar a enxurrada de provas e contra-provas e os seus efeitos negativamente dilatatórios que tanto protelam o desfecho dos litígios em tribunal. Também não deixa de causar algum melindre, num medo que naturalmente não é comum a todos os ordenamentos, que toda a “sorte” do material probatório que eventualmente se tenha por admissível esteja nas mãos do júri, uma figura que, como é do conhecimento geral, decide frequentemente baseado em critérios puramente extrajurídicos, ideológicos, palpantes e imprevisíveis (“a simpatia pela parte mais fraca” é talvez o caso mais publicitado

<sup>31</sup> AVERY KATZ, *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, Columbia Law Review, 104 (2004), pag. 522.

<sup>32</sup> V. K. RAJAH, *Redrawing the Boundaries of Contractual Interpretation: from Text to Context to Pre-text and Beyond*, Singapore Academy of Law Journal, 22 (2010), pag. 516.

<sup>33</sup> RICHARD F. BROUDE, *The Consumer and the Parol Evidence Rule: Section 2-202 of the Uniform Commercial Code*, Duke Law Journal, 1970, pag. 881.

e badalado) <sup>34</sup>. Sobretudo quando está em causa a prova testemunhal. Depois, convidar o tribunal a interpretar para lá da letra do negócio aviva o risco de erro judicial dado que em contratos comerciais de grande vulto e de grande complexidade técnica – à base de sofisticada engenharia financeira e jurídica, a exigir um pesado ou quase in comportável *cognitive load* <sup>35</sup> –, os juízes são colocados fora da sua zona de conforto, sobretudo na Europa e na Ásia onde uma parte significativa dos juízes não tiveram, nem por norma têm, uma carreira prática de relevo antes de ingressar na magistratura <sup>36</sup>. No limite, todo o esforço empregue pelas partes na redacção dos termos do acordo, onde tanto investiram e de forma criteriosa, corre o risco de acabar inutilizado por uma interpretação de estilo livre gizada por juízes com pouca tarimba nesse papel <sup>37</sup>. Ao assinar um contrato, depois de negociações por vezes custosas e fatídicas, as partes não pretendem que o destino do contrato dependa da lotaria da interpretação <sup>38</sup>. Para além de que, na ressaca de uma má decisão judicial, as partes serão forçadas a despesas extra designadamente em busca de acordos de cobertura ou rectificativos daquela decisão. Ainda dentro deste espírito, uma interpretação escrava da letra torna também o controlo da decisão mais objectivo e seguro (em caso de recurso para os tribunais superiores) e, no fim de contas, "pragmatiza" a postura de alguns tribunais que querem a todo o custo reescrever os termos do negócio ao sabor da equidade distorcendo o sentido querido ou suposto pelas partes. Aliás, é mais do que sabido que a interpretação negocial coenvolve o eterno problema do equilíbrio entre o poder (regulativo) das partes e o poder (re-criativo) do juiz <sup>39</sup>. Mas o literalismo vai dirigido também

<sup>34</sup> ARTHUR CORBIN, *The Parol Evidence Rule*, *The Yale Law Journal*, 53 (1944), pag. 608-609.

<sup>35</sup> KAREN EGGLESTON / ERIC POSNER / RICHARD ZECKHAUSER, *The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters*, *Northwestern University Law Review*, 95 (2000), pag. 99.

<sup>36</sup> RICHARD POSNER, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, Chicago, 2004, pag. 34.

<sup>37</sup> MALCOLM CLARKE, *Interpretation Contracts: The Price of Perspective*, *The Cambridge Law Journal*, 59 (2000), pag. 20, fala que o contextualismo quer transformar os juizes em "directors of research".

<sup>38</sup> CATHERINE MITCHELL, *Interpretation of Contracts. Current Controversies in Law*, Cavendish, 2007, pag. 118.

<sup>39</sup> CATHERINE MITCHELL, *Interpretation of Contracts. Current Controversies in Law*, Cavendish, 2007, pag. 18. LORD GRABINER, *The Iterative Process of Contractual Interpretation*, *The Law Quarterly Review*, 128 (2012), pag. 49. Assim também, exactamente, JULIET P. KOSTRITSKY, *Plain Meaning vs. Broad Interpretation: How the Risk of Opportunism Defeats a Unitary Default Rule for Interpretation*, *Case Research Paper Series in Legal Studies*, 2007, pag. 1, "o problema da interpretação dos contratos presenteia os tribunais com questões substanciais sobre a natureza e metodologia da intervenção judicial nos acordos particulares".

à acção das partes, condicionando de algum modo a sua litigância. De facto, o literalismo ajuda a estorvar o malabarismo dos juristas (estamos agora a pensar naqueles que estão em funções de patrocínio ou assessoria) que tanto gostam de esgravatar e de forçar ambiguidades (*nit-picking approach* <sup>40</sup>). No fundo, acaba por dificultar aquela sua habilidade de tresler as declarações e falsear os sentidos das palavras. Dentro desta ordem de ideias, o literalismo também ajuda a impedir, pelo menos em teoria, o oportunismo daqueles contraentes que, na fase de crise ou mesmo na fase litigiosa do contrato, engendram um arranjo ou encenação do contexto do negócio com vista a influenciar subrepticamente a interpretação dos tribunais em seu favor (aduzindo e empolando uns factos, sonogando e depreciando outros) <sup>41</sup>. Finalmente, o literalismo tem a capacidade de induzir uma certa cooperação entre as partes durante a fase pré-contratual. De facto, há aqui toda uma política-legislativa: o literalismo quer premiar as partes que melhor se tenham exprimido no apuro escrito do seu acordo e, opostamente, quer mostrar-se avarenta perante os actos linguísticos falhados resultantes da falta de transparência nas negociações prévias. Nascerá então a *penalty default rule* <sup>42</sup>.

O aforismo *in claris non fit interpretatio* bem como a *plain meaning rule* / *parol evidence rule* são a manifestação lídima e acabada de um formalismo interpretativo com um longo e ferrenho historial entre os juristas <sup>43</sup>. O literalismo instalou-se de tal maneira que conseguiu inclusive sobreviver ao movimento codificador que o tentou dismantelar. Uma negação clara do princípio *in claris non fit interpretatio* surgiu nos principais códigos europeus – cfr. o § 133 do BGB e o art. 1362.º do *Codice Civile* – mas foi rapidamente neutralizada por um descarado branqueamento da força normativa (vinculativa) desses preceitos<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Usando esta expressão, GERARD McMEEL, *Language and the Law Revisited: an Intellectual History of Contractual Interpretation*, *Common Law Review*, 34 [2005], pag. 256.

<sup>41</sup> CATHERINE MITCHELL, *Interpretation of Contracts. Current Controversies in Law*, Cavendish, 2007, pag. 119.

<sup>42</sup> Sobre isto, ERIC POSNER, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, *The Yale Law Journal*, 112 [2003], pag. 839.

<sup>43</sup> SUSAN MARTIN DAVIDSON, *Yes, Judge Kozinski, There is a Parol Evidence Rule in California – The Lessons of a Pyrrhic Victory*, *Southwestern University Law Review* 25 [1995-1996], pag. 1-2, diz que a *parol evidence rule* é uma verdadeira regra “sobrevivente” depois de todos ataques que tem sofrido.

<sup>44</sup> De facto, tendo em conta a tradição continental europeia esta bem podia ser uma falsa questão. É que os principais códigos civis europeus condenam categoricamente a interpretação lite-

ral da declaração negocial / negócio jurídico / contrato. A lei italiana, art. 1362.º do *Codice Civile*, francesa, art. 1156.º do *Code Civil*, e alemã, § 133 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, intimam o hermenauta para a procura da vontade do declarante / intenção comum das partes e proíbem-no de ater-se no sentido abstracto das palavras. E mesmo a lei espanhola, apesar de à partida dar preferência ao sentido literal [art. 1281.º 1] logo diz, no segundo número, que valerá a vontade real das partes logo que se demonstre que ela é contrária a esse sentido normativo-objectivo [averiguação essa que inclusive se condescende, di-lo expressamente a lei espanhola, por todos os meios, *ex vi* art. 1282.º, à semelhança do art. 1362, 2 do *Codice Civile*]. A chave está, porém, na eficácia [validade?] que se dê a estes normativos. Várias questões intercorrem aqui e uma delas — a que J. Tobeñas, *Derecho Civil Español Comun y Foral*, Madrid, 1992, pags. 683-684, reputa como um dos temas centrais da doutrina moderna — é a de saber se o legislador pode, e até que ponto, submeter todo o processo interpretativo à autoridade de normas interpretativas ou se, pelo contrário, deve deixá-lo governado pelo empirismo ou, pelo menos, por uma teoria da interpretação que esteja a cargo da doutrina. Nesta matéria, os vários direitos legislados conhecem incursões de alcance variável embora seja possível identificar duas grandes tendências no direito comparado. Por um lado, o modelo francês, cujo legislador espraiou a regulamentação desta matéria em doze preceitos estribando-se assumidamente nas famosas “doze regras” do seu emérito jurista Pothier às quais deu força ou, pelo menos, forma de lei (e preterindo ou decantando as “quinze” de Domat). Uma recolha alvo de rasgados elogios onde se nota aquele espírito cartesiano das ideias claras e precisas característico dos juristas franceses. Conforme se exprimiu R. Zimmerman, o sistema francês é especialmente gabado já que viria a tomar a iniciativa de emagrecer a verdadeira “caterva (*hotchpotch*) de não menos do que cem regras de interpretação” existentes no período que antecedeu o alvor do movimento codificador no que viria a permitir, enfim, a “domesticação desta selva casuística” [à margem diga-se que uma primeira, nobre e estrénuo tentativa de arrumar a dispersão caótica do repertório justiniano encontramos-la bem antes no glosador Bassanius; nestas contas achamos que deve ficar de fora o ALR prusiano (1794) que, sempre igual a si mesmo, regulou à sua imagem, em corpulenta fartura, nuns fatídicos vinte e nove preceitos, a que se somavam outros doze adrede distribuídos para casos especiais]. E por sendas próximas do *Code Civil* andaram também os códigos civis espanhol, belga, italiano (tanto o de 1865 como o de 1942), chileno, uruguaio e, de uma maneira geral, os demais códigos de inspiração francesa. A minudência de um legislador francês, italiano ou espanhol contrasta com a fleuma e concisão do modelo alemão (apenas os §§ 133 e 157, embora já antes também o ABGB austríaco, § 914) num *Sonderweg* que viria a ser seguido pelos legisladores português, pelo germanizado Astikos *Codex* (arts. 173.º e 200.º), entre muitos outros, tanto na Europa como alhures [os casos dos códigos civis do Brasil, tanto o de 1916 como o mais recente de 2002, suíço, peruano, venezuelano, macaense, argentino, do Burundi, vietnamita, e o *Chinese Contract Law* são disso flagrantes exemplos]. No fim de contas estará em causa a opção por regras de interpretação materiais, por um lado, ou por regras de interpretação formais, por outro, para utilizar uma terminologia corrente. Normas de interpretação são também comuns em alguns dos principais instrumentos de uniformização do direito privado europeu: cfr. Art. 8 CISG, art. 4 e segs. do UNIDROIT, 5.01 PECL. No entanto, encontraremos o derradeiro contraste no total desinteresse do actual *Bürgerlijk Wetboek* holandês (ao contrário do que sucedeu com o progresso, onde uma directiva interpretativa se achava no art. 1378.º) ou na Lei dos Contratos da Suécia, onde também inexistente qualquer dispositivo. O mesmo sucede, por razões evidentes, nos países da família da *common law*, embora seja possível encontrar pistas de

interpretação no *Uniform Commercial Code* bem como nos *Restatements* americanos (não esquecer o Código Civil do Quebec, § 1425). Naturalmente isso não impede, num aspecto que será até comum a qualquer sistema jurídico, a existência de chamadas normas interpretativas e, claro, de normas de interpretação especiais. Rui de Alarcão, justificando a parcimónia e laconismo da solução lusa (o anteprojecto português é, nesta matéria, da sua lavra), prefere falar de “prudência”, embora o código de 1966 até seja, neste capítulo, “mais generoso que o seu antecessor” (como nota Menezes Cordeiro). Segundo a explicação do anteprojectista português, publicada no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84 (1959), pags. 321 e segs., uma regulamentação demasiado precisa e rígida, que esmiuça o problema até à filigrana normativa, causa um sério estorvo à sensibilidade, à intuição [juridicamente educada?] e à experiência [acumulada] do hermeneuta, elementos que são reconhecidamente valiosos numa tarefa que pode tornar-se bastante complexa e exigente, nalguns casos votada ao insucesso. Com efeito, crê-se que o êxito da atividade hermenêutica, depende bastante da perícia, do engenho, do golpe de asa ou de um olho de lince, do “tino ou do senso natural do intérprete”. Não falta quem insinue que o papel essencial que o contrato desempenha na dinâmica económica viva dependente das qualidades do seu intérprete... Desaprovando um pouco o código civil italiano, Mauro Penasillo julga mesmo que talvez fossem preferíveis normas de interpretação à base de conceitos indeterminados e cláusulas gerais para proporcionar uma elástica e adequada margem de apreciação ao intérprete. E, no fundo, intromete-se aqui a velha questão de saber se a interpretação é uma arte [*Spielart*], ditada por momentos de inspiração, ou um processo com notas de cientificidade: não foi Alexander Luderitz que disse, logo a início da sua obra, que a interpretação era a suprema arte [*höchste Kunst*] dos juristas? Mas, noutros casos, o legislador retrai-se porque pretende evitar airosamente qualquer solução de compromisso, fugir ao dogmatismo e à tentação de se intrometer em tarefas que, segundo se julga, não são as suas, assumir que é à doutrina que cabe assumir as despesas da reflexão sobre os critérios interpretativos que, em tese geral, sejam os mais adequados. Por exemplo, Mo Zhang, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, 2006, pags. 125 e segs. vaticina que tal tenha acontecido designadamente no direito chinês. De resto, e como notou muito atentamente Bernd Rüthers, o absentismo dos legisladores (o Autor pensava concretamente no caso alemão) estimula um permanente e salutar desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial (sempre em renovação). Mas, este olhar reticente em relação às normas deve-se sobretudo a uma atitude de ceticismo em relação à utilidade destes dispositivos, tidos por estereotipados, banais, estéreis, “vazios de conteúdo”, “de mérito muito duvidoso”, agrupando inocuamente “regras do pensamento sem conteúdo ou dignidade jurídico-positiva” [*Denkregeln ohne positivrechtlichen Gehalt*], “ensinamentos práticos ou lógicos” [*Behlehrungen über praktische Logik*], “lembretes” ou “mnemónicas” [*Eseisbrücken*] dirigidas ao intérprete [semelhantes considerações constavam mesmo da motivação do *Entwurf* do BGB; cfr. Hein Kötz / Alex Flessner, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. I, 1996, pag. 173], simples “repositórios da tradição jurídica, documentando regras, máximas, aforismos”. Legislar nesta matéria torna-se imprestável perante um senso comum já de si autónomo, capaz e talvez mesmo até atrapalhado pela existência destas normas: na prática judiciária fica mesmo a “impresão que os juizes alcançam a conclusão primeiro e [só] depois procuram a regra apropriada para citar” ou que o fazem somente por uma questão de estilo ou de estética [*cite them is fashionable* como diz Eric Clave: cfr. Kenneth Reid / Reinhard Zimmerman, *A History of Private Law in Scotland*, II, Oxford, 2000, pag. 47]. Grande parte dessas regras são, bem vistas as coisas, ensinamentos dos romanos [*ejusdem generis, utile per utile non vitatur*, etc.], com uma

No entanto, regista-se uma evolução consistente no sentido do seu declínio. Com efeito, este formalismo extremo e radical tem conhecido uma forte réplica por parte de um movimento — jurídico mas também cultural — baseado no substancialismo da interpretação e, por isso, de sinal contrário ao literalismo. Com isso, a interpretação contextual tem vindo, por seu turno, a impor-se gradualmente tanto nos sistemas da *civil law* bem como nos sistemas

---

função mais “decorativa” ou “cerimonial” (por barroquismo) do que itinerante ou persuasiva (cfr. E. Allan Fransworth, *Fransworth on Contracts*, Aspen Law, vol. II, 1998, 2ª edição, pag. 281; de uma *guide-âne* falam os franceses). De facto, quando a lei insta a que o intérprete considere a cláusula litigiosa em confronto com as demais ou que leve em linha de conta os fins e a natureza do negócio — como acontece, designadamente, nos artigos 1363.º e 1282.º dos códigos civis espanhol e italiano respectivamente — há quem questione, pelo menos quanto a estes preceitos, se o legislador não terá sido inconsequente. Realmente, olhar em redor para buscar no contexto o sentido de uma expressão ou declaração ou tomar em consideração o escopo de um enunciado linguístico, mormente nas declarações performativas, é um processo que, cognitivamente, se desencadeia naturalmente e que assiste a todos e não apenas aos juristas. Elas seriam, por isso, mais regras de linguagem do que regras de direito (*rules of language rather than rules of law*). Porém, muito mais do que uma função de aconselhamento ou advertência (didáctica ou pedagógica afinal) não esteve dentro das cogitações do legislador impedir uma total anarquia interpretativa, evitar o activismo judicial ou a soltura judiciária e com isso acrescentar alguma previsibilidade às decisões dos tribunais? Impedir que a interpretação se torne aquilo a que Atiyah chamou de um *brushwork in an empty canvas*? Este é um ponto onde entronca a tal velha questão de saber se as normas de interpretação são vinculativas ou meramente dispositivas. Na visão mais radical de um Natalino Irti, “a violação das regras de interpretação é simultaneamente uma violação do próprio contrato”. (“o legislador não faz doutrina, ordena” disse-o também um português). O programa normativo pretenderia que perante um mesmo negócio fosse possível, a vários juristas, alcançar idênticas conclusões interpretativas (assim também Menezes Cordeiro). Mas sempre se pode dizer que a interpretação não é, por natureza, uma ciência exacta, imune à subjectividade (ao fim ao cabo “não há interpretação sem intérprete”), passível de um rigoroso controlo epistémico, em que o mérito do esforço interpretativo se pode avaliar dentro de uma impoluta verdade ou validade absoluta. O fenómeno interpretativo vive sim envolto numa cerrada e densa “névoa” (*fog*), a certeza jurídica é tombada por uma inevitável psicologização já que “as coisas parecem outras segundo quem as vê”. Como ironicamente disse um jurista inglês, quem estiver capacitado para prever as decisões dos tribunais em matéria de interpretação dos negócios rapidamente juntará uma fortuna, detectando por isso algum “cinismo” do legislador. De resto, e como aliás já se fez crer, só inocentemente é que podemos acreditar que estas normas são escrupulosa, literal e consistentemente seguidas. Como chegou a dizer peremptoriamente um Chief Justice na decisão *Hollier v. Rambler Motors (MAC) Ltd.* (1972), as regras de interpretação são “*merely our guides and not our masters*” (uma ideia de arbitrariedade contrastante com a visão mais cândida de autores como Atiyah que acreditam piamente que a comunidade de operadores judicários, em reduzido número, dá toda a previsibilidade às decisões (*the institutional furniture of english law* como disse alguém numa mistura de escárnio e carinho).

da *common law*. A ruptura foi particularmente marcante no Direito anglo-saxónico uma vez que, por essas bandas, o formalismo jurídico sempre encontrou óptimas condições para prosperar<sup>45</sup>. Mesmo aí, os juristas renderam-se às evidências e a evolução foi bem fulgurante<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Conforme explica JOSEPH M. PERILLO, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, *Fordham Law Review*, 69 [2000], pag. 428, o objectivismo domina o Direito inglês desde os tempos imemoriais com uma resistência à prova de “infiltrações do subjectivismo”. Na expressão curiosa de BINGHAM OF CORNHILL, *A New Thing Under the Sun? The Interpretation of Contract and the ICS Decision*, *Edinburgh Law Review*, 12 [2008], pag. 377, o Direito inglês parece ter sido deixado para trás sozinho na “ilha do literalismo”. Ver também, com todo o interesse, a explicação de LAURENCE USUNIER, *Le Droit Anglais de L'Interpretation des Contrats, entre Convergence et Résistance*, *Revue des Contrats*, 4 [2012], pag. 1376 e segs., para quem o objectivismo na interpretação se explica facilmente pela concepção de contrato assumida pelo Direito inglês. Com efeito, no Direito inglês, ao contrário do que sucede por exemplo com o Direito francês (o autor traça o paralelo), o contrato não é visto como uma expressão da autonomia privada ou simplesmente da vontade mas sim como uma “transacção”, onde avulta o conteúdo patrimonial, que cabe portanto “reconstruir” [vai daí que no jargão anglo-saxónico a interpretação receba o nome de *construction*]. Já o Direito francês, à semelhança dos restantes ordenamentos do seu entorno continental, aderem a uma concepção “científica” de interpretação, isto é, a interpretação destina-se a captar ou constatar a vontade das partes.

<sup>46</sup> De uma forma geral, e tendo agora em vista apenas as principais experiências da *common law*, a vitória do contextualismo só se deu mais recentemente embora ele não conheça — pelo menos para já — o alcance que tem nos sistemas da *civil law*. Falar da queda do literalismo é falar do declínio da famigerada *parol evidence rule*. Este é um princípio, conforme no início deste texto se deixou levemente insinuado, com uma longa carreira no direito anglo-saxónico. Será preciso recuar pelo menos ao longínquo *Countess of Rutland's Case* [1604] para dela vermos uma primeira (embora indirecta) afirmação. Se o raio de acção deste anacronismo da *common law* se projecta bem para lá da interpretação dos contratos (o que, para Eric Clave, já a torna uma figura “notoriamente obscura”; “poucas coisas serão mais obscuras” disse-o também J. Thayer) temos agora em vista aquela vertente que impede o intérprete de se acercar do contexto para apurar o sentido do texto. Mesmo no passado mais recente, a consideração de elementos estranhos ao negócio era apenas tolerada em cenários muito contados: para aquelas situações em que o texto se apresentasse patentemente ambíguo (*lack of the clarity degree*), nos termos acima expostos. Aí impunha-se socorrer o intérprete com outros elementos que aclarassem o texto; se os termos do negócio, literalmente entendidos, conduzissem a um sentido absurdo ou nunca suposto pelas partes (*repugnancy rule*); se as partes deixassem expressamente a densificação dos termos do contrato por remissa para acordos paralelos cujos dizeres se deveriam ter por reproduzidos ou subentendidos no contrato; para os negócios informais, ou seja, sem necessidade de observar forma escrita; e ainda para outro naipe de situações que rigorosamente seriam até afins à interpretação (erro, dolo, vícios em geral, e ainda a *rectification*); Tirando estas excepções, a inspecção do sentido negocial deveria contentar-se com o documento (*four corners rule*). O que também significa, num passo seguinte, que, tirando estes casos, às palavras seria adjudicado o sentido gramatical ou dicionarista das palavras. Ainda assim, são várias as vozes que têm dito que estas excepções sempre foram suficientes para desconfiar da válida-

de (empírica) da regra. Para Stefan Vogenauer o máximo que se pode dizer sobre a *parol evidence rule* é que ela se manteve semi-viva. A evolução do direito inglês no sentido da liberalização deu-se de forma paulatina. Os louros da mudança são devidos antes de tudo a Lord Wilberforce que lançou uma importante pedra no charco nomeadamente nas decisões *Prenn v. Simmonds* (1971) e *Rearden Smith Line Ltd. v. Yngvar Hansen-Tangen* (1976) onde já se podia ver um projecto ou ideia larvar da mudança. Se algumas decisões posteriores como *Mannai Investement Co. Ltd v. Eagle Star Life Assurance Co Ltd* (1997) eram premonitórias de uma mudança de paradigma e se, no interlúdio, em 1986, a comissão legislativa no Reino Unido (*UK Law Commission*) já colocava pesadas reservas quanto ao bem fundado da regra, o canto do cisne apenas se deu em 1998, pela decisão *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*. Falar nesta decisão é falar inevitavelmente do nome de Lord Hoffmann, renomado jurista, juiz da House of Lords entre 1995 e 2009, e cujos dados biográficos revelam pormenores subtis da sua carreira que nos levam a acreditar que viveu num ambiente académico que o terá sensibilizado para o mau curso da interpretação em Inglaterra (assumido admirador da filosofia da linguagem chegou a citar John Austin, rosto da filosofia da linguagem moderna, na decisão *Amoco (UK) Exploration Company v. Teesside Gas Transportation Ltd.* em 2001). O seu famoso *Restatement*, que aqui reproduzimos na língua original (para que não perca toda a sua autenticidade), firmou uma nova mentalidade: 1. *Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract; 2. The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the 'matrix of fact', but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man; 3. The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent. They are admissible only in an action for rectification. The law makes this distinction for reasons of practical policy and, in this respect only, legal interpretation differs from the way we would interpret utterances in ordinary life. The boundaries of this exception are in some respects unclear. But this is not the occasion on which to explore them; 4. The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant would reasonably have been understood to mean. The background may not merely enable the reasonable man to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even (as occasionally happens in ordinary life) to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax; 5. The 'rule' that words should be given their 'natural and ordinary meaning' reflects the common-sense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had.* De lá para cá o repertório de Hoffmann tornou-se na “bíblia metodológica” dos tribunais (McMeel). A novidade em relação ao *obiter dictum* de Wilberforce e onde afinal moraria todo o seu arrojo, estava em admitir como livre a prova extrínseca lá onde o texto fosse pretensamente claro e preciso ao

contrário do que até então sucedia. Em todo o caso, a mudança de paradigma foi levada a cabo aos poucos, bem ao estilo inglês, e está ainda em andamento. Na linguagem de um autor, o contributo de Hoffmann terá passado por uma primeira fase de rejeição, uma fase de alheamento acabando por ser aceite (*hostile, wary and approving*): primeiro estranha-se e depois entra-nha-se? Acresce que o próprio Lord Hoffmann quis deixar em aberto, para uma ulterior e pausa-da reflexão, a questão da admissibilidade das negociações prévias e da conduta subsequente à conclusão do contrato, um ponto que ainda hoje se mantém debaixo de controvérsia. Contam as crónicas que Hoffmann não terá querido esticar demasiado a corda (*rock the boat too much*) sob pena de enfurecer os adeptos do contextualismo. Com efeito, o literalismo favorecia as situações de abuso por parte dos sujeitos com maior poder negocial, capazes de impor os termos do negócio praticamente por via unilateral, termos esses que seriam depois escrupulosamente seguidos pelos tribunais originando um fenómeno que se costuma chamar de “captura do julgador”. Vai daí que contextualismo tenha despertado uma fécula generalizada ou pelo menos aborrecido a velha guarda da classe comercial possidente (*upset the horses in the commercial paddock. Commercial judges vented their angst*). Se pensarmos que esta decisão encarreirou o direito inglês no sentido de se livrar dessa pesada e abstrusa herança (*all of the old baggage has been discarded*) e que levou de vencida uma concepção objectivista fortemente instalada — de que é boa ilustração a célebre decisão *Lovell and Christmas Ltd. v. Wall* (1911): “se há princípio seguramente estabelecido no direito inglês mais do que qualquer outro é seguramente este” — podemos perceber o impacto de proporções “sísmicas” que se abateu sobre o direito inglês e porque motivo é estatisticamente a decisão mais citada pela jurisprudência inglesa desde que viu a luz do dia. Como seria expectável este abalo teve um efeito contagiante (*has stirred the pot*) noutros ordenamentos. Também a Austrália, num percurso algo atribulado, se livrou do embaraço (*broke free of the shackles*) da *plain meaning rule* ou *Codelfa Rule* tal como viria a ser rebaptizada (e doravante reconhecida e mencionada) pela comunidade jurídica após a decisão *Codelfa Construction Pty Ltd v. State Rail Authority of NSW* (1982). Em Singapura a viragem deu-se com a decisão *Zurich Insurance Pte Ltd v. B-Gold Interior Design Contruction Pte Ltd*, conseguida bem a custo dadas as limitações impostas pelos *Evidence Acts* aí em vigor. Mas, conforme se adiantou, o próprio Hoffmann quis deixar para ulterior reflexão a questão das negociações preliminares e da conduta subsequente. Fê-lo na decisão que assinalou a sua despedida da House of Lords, no caso *Chartbrook Ltd. v. Presimmon Homes Ltd.* (2009), onde veio a rejeitar a sua admissibilidade não assumindo a responsabilidade desse (derradeiro?) passo e no fundo mantendo intocada essa tradição de proteger essas “vacas sagradas” (*two sacred cows*) do direito inglês. E fê-lo com a esta linha de argumentação: durante o período vestibular do contrato, com o fluxo e influxo das negociações, a vontade das partes altera-se frequentemente (e em vários sentidos e formas) e, por isso, esses preliminares podem vir a tornar-se um elemento enganador para a interpretação de um acordo escrito final onde, em princípio, está (presumivelmente) reflectida a vontade culminante e depurada das partes. Quanto à conduta subsequente, dificilmente se pode aceitar que o sentido do negócio possa vir a divergir daquele inicialmente achado no momento da sua conclusão já que é nesse momento que se dá a cesura e se apuram vícios negociais (este é um ponto que tem passado algo despercebido aos juristas continentais). Dos resultados potencialmente injustos que possam advir dessas excepções o direito inglês previne-se com dois simples mecanismos (*two legitimate safety devices*): pela *rectification* para as negociações [acordos] prévias, num efeito em tudo equivalente às *falsas demonstrationes* continentais; e pela doutrina do *estoppel* para as condutas subsequentes. Este último não constitui

Também aqui, são múltiplas as razões que explicam este fim de ciclo. Grosso modo, elas são comuns a ambas as famílias de Direito. Mas, à margem, é possível identificar razões circunstanciais conexas em particular com a zona de influência do Direito romano-germânico e detectar outras que contribuíram para o declínio do literalismo apenas na realidade do Direito anglo-saxónico. Alguns estudos histórico-jurídicos mais recentes permitem perceber que a máxima *in claris non fit interpretatio* é resultado de uma “interpolação” dos textos do Digesto<sup>47</sup>. Isto vale apenas, como facilmente se compreende, para o Direito continental-europeu. Quanto ao Direito anglo-saxónico, diz-se que o literalismo é filho de alguns mal-entendidos ou da “supressão” (deliberada?) de parágrafos relevantes da história do Direito dos contratos<sup>48</sup>. Depois, certos

surpresa: já se ironizou que a interpretação é apenas mais um dos inquilinos a habitar o grande e hospitaleiro prédio do *estoppel*. Já nos EUA, o contextualismo e o textualismo ainda ombream. É notório que o contextualismo começou a ganhar um espaço relevante no direito norteamericano porque foi ele que ficou a ganhar, com claro prejuízo para o literalismo, com todo um conjunto de movimentos culturais e jurídicos que lograram impor-se no Estado norteamericano: desde logo o “realismo jurídico” (que podemos descrever muito sucintamente como o combate ao formalismo e à aplicação ou compreensão mecanicista do Direito); depois, a ascensão do contextualismo deve-se também a uma visão interdisciplinar do Direito, muito própria daqueles juristas, onde pontifica a relação entre o pensamento jurídico e o pensamento literário (*law and literature*) e também, cada vez mais preponderante nos dias de hoje, a análise económica do Direito. Paradigmática de uma mudança de rumo é a decisão *Pacific Gas & Electric Co. v. G. W. Thomas Drayage & Rigging Co* [1968]. Em todo o caso, certo é que o textualismo ainda detém um certo ascendente sobre o contextualismo. Um estudo estatístico levado avante nos EUA revelou que, num universo de três mil contratos, 46% deles continham uma cláusula de escolha do foro e da lei de Nova Iorque (que segue religiosamente a *parol evidence rule*) e, da mesma amostragem, a lei da Califórnia (que, opostamente, segue o contextualismo) apenas reuniu 8% das preferências. O contextualismo faz-se sentir naquelas zonas a coberto do âmbito de aplicação do *Uniform Commercial Code*, art. 2-202, ou o *Restatement (Second) of Contracts* (§ 210 e segs.) mas que, no entanto, só cobrem nove dos cinquenta estados o que, como imediatamente também se intui, provoca um aceso *forum shopping*.

<sup>47</sup> A ideia de um princípio geral de que *cum in verbis nulla ambiguitas esta non debet admitti voluntatis quaestio* resulta de uma generalização abusiva de um passo do Digesto, saído da pena de Paulus (D. 50, 16, 219), que, *ex fons et origo*, estava destinado a valer apenas para os legados e fideicomissos. Sobre a história da interpretação dos negócios *vide* especialmente PASQUALE VOCCI, *Note Sull' Interpretazione del Negozio Giuridico in Diritto Romano* in: *Studi di Diritto Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1985, pags. 569-622.

<sup>48</sup> Segundo reza a lenda, e nela acredita Joseph M. Perillo, o destino até quis que Oliver Wendell Holmes (1841-1935) sobrevivesse à guerra civil americana para nos ensinar, entre tantas outras coisas, que as palavras se interpretam objectivamente e pelo seu contexto. Primeiramente, no seu curto mas preclaro *Theory of Legal Interpretation* e, alguns anos depois, na sua célebre decisão *Towne v. Eisner* [1918], citada modernamente *ad nauseam*: “uma palavra não é um cristal,

paradigmas afins ao Direito que outrora favoreciam o literalismo e lhe davam crédito conheceram uma alteração diametral e agora depõem contra ele <sup>49</sup>. Mas, razões particulares à parte, o literalismo definiu por causa da vulnerabilidade dos seus argumentos e das suas convicções, devido o arcaísmo patente das suas concepções. Os defensores do contextualismo souberam colocar em evidência essas suas fraquezas. E o que acontece é que, hoje em dia, a tendência vai no sentido de considerar a proibição da interpretação literal como o “centro de gravidade” (*Schwerpunkte*) da interpretação negocial <sup>50</sup>. Tomando de empréstimo uma sugestiva imagem de um juiz da House of Lords, o contextualismo colocou-se finalmente a salvo da voracidade (e das tentações...) do textualismo (*separate the purposive sheep from the literalist goats*) <sup>51</sup>. Em todo o caso, acreditamos que o jurista português Fernando Araújo também esteve bem quando afirmou que a relação entre o textualismo e o contextualismo será mais uma relação de disputa pela primazia do que de exclusão ou incompatibilidade total <sup>52</sup>. Tal equivale a dizer, em termos práticos, que existem situações onde a interpretação deve ceder perante um objectivismo mais ou menos declarado <sup>53</sup>.

De seguida, reúnem-se as razões que determinaram a falência do literalismo e que dão como boas as teses de que a interpretação é uma operação irredutível e que toda a declaração / negócio / contrato se deve interpretar de acordo com o seu contexto.

---

transparente e imutável, ela é o espelho [*skin*] de um pensamento vivo e pode variar profundamente na cor e no conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que é usada”. Ademais, lições contextualistas moravam já em obras, hoje tidas como clássicas, de outros tratadistas consagrados. Tem-se dito que só os hábitos pouco livrescos dos juristas anglo-saxónicos é que podem explicar porque razão estes ensinamentos terão passado despercebidos.

<sup>49</sup> Sobre a emergência do contextualismo e do desconstrucionismo na interpretação literária, cfr. MICHAEL L. BOYER, *Contract as Text: Interpretative Overlap in Law and Literature*, Southern California Interdisciplinary Law Journal, 12 (2003), pag. 173 e segs.

<sup>50</sup> Extraem do § 133 do BGB essa proibição, MAYER-MALY / BUSCHE, *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, 4ª edição, pag. 1288.

<sup>51</sup> *Summit Investment Inc. v. British Steel Corporation* [1987].

<sup>52</sup> FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007, pag. 509.

<sup>53</sup> Ficaré para a segunda parte deste estudo a reflexão sobre questão de saber em que casos se autoriza, e com que fundamento, um encurtamento ou estenose dos elementos contextuais da interpretação. Com efeito, há boas razões para admitir que em determinados tipos negociais (contrato de sociedade, título de crédito, convenção colectiva) se circunscrevam os elementos extra-literais para efeitos de interpretação. Serão essas hipóteses suficientes para suscitar um certo revivalismo da interpretação literal?

Conforme já se disse, de acordo com o princípio *in claris non fit interpretatio* a interpretação só teria lugar naqueles casos em que o texto se apresentasse vago e ambíguo. Só nesses casos, tidos como “patológicos” (*kranken Fallen*)<sup>54</sup>, se falaria, na verdadeira acepção do termo, de uma interpretação<sup>55</sup>. Independentemente de tudo o que se dirá adiante, não se pode negar que essas situações correspondem aos casos em que, de facto, a interpretação adquire toda a sua “visibilidade” [dentro aliás daquela lógica reactiva do Direito, a intervir nas situações em que as relações jurídicas entram em crise ou nos casos de desinteligência entre as partes]. A experiência da vida demonstra que os sujeitos utilizam frequentemente uma linguagem imprecisa capaz de originar, “logo à partida”, uma pluralidade de sentidos impeditivos de uma execução do negócio. A justificação costuma andar associada a uma displicência ou ignorância no uso da língua [tanto do lado activo como do lado passivo, isto é, do lado de quem emite e do lado de quem recebe a mensagem]. Paradigmaticamente, a premência da interpretação surge assim por causa de uma sintaxe desastrada, de uma expressão falheira ou de um desatino gramatical. E desses percalços nenhum de nós está a salvo. O risco de mau uso da língua é — mais para uns do que para outros é certo — um risco geral da vida. Na verdade, o percurso entre a ideia e o meio [forma] pelo qual aquela toma corpo pode ser bem acidentado [*the path that intentions travel on from the human mind to the written word is dark and winding*]<sup>56</sup>. Para utilizar a expressão menos feliz de Luiz Cunha Gonçalves, a limpidez ou exactidão com que se exprimem os sujeitos dependerá, em última análise, das suas “conveniências mas também das suas deficiências mentais e orais”<sup>57</sup>. E, continua este Autor, “a clareza é uma qualidade rara dos espíritos”. Sobretudo se pensarmos naqueles contextos negociais onde são necessárias especiais “competências” linguísticas e as

<sup>54</sup> KURT SHELLHAMER, *Schuldrecht nach Anspuchgrundlagen: samt BGB Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, pag. 1024.

<sup>55</sup> HEINRICH HÖRSTER, *Teoria Geral do Direito Civil: A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, 1992, pag. 507, “Quer dizer, pode acontecer que seja obscuro ou sejam vários os sentidos de uma declaração negocial... Se uma destas situações se verificar — e apenas neste caso! — será necessário captar o sentido da declaração negocial” [...] “Se uma declaração é unívoca não há razão para recorrer a uma interpretação”; Di-lo também ADRIANO VAZ SERRA, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3525, pag. 185, quando afirma que não se trata de uma verdadeira interpretação aquela onde se apura o sentido comum querido pelas partes.

<sup>56</sup> MICHAEL L. BOYER, *Contract as Text: Interpretative Overlap in Law and Literature*, Southern California Interdisciplinary Law Journal, 12 [2003], pag. 167.

<sup>57</sup> LUIZ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil. Comentário ao Código Civil Português*, IV, 1931, pag. 422.

partes não as possuem. Toda esta fragilidade natural do processo comunicativo justifica uma “concepção apologética de interpretação”<sup>58</sup>, ou seja, uma postura interpretativa que seja sensível à normal falibilidade do processo comunicativo e que não presuma que as partes nunca cometem lapsos linguísticos.

Mas a somar a essas situações, de *ambiguidade patente*, existe um outro conjunto de casos – que alguns querem ignorar – onde o que ocorre é uma *ambiguidade latente*, numa distinção cuja terminologia remonta ao filósofo Francis Bacon e que viria a ser recuperada, não sem duras críticas, pela doutrina anglo-americana<sup>59</sup>. É que mesmo naquelas hipóteses em que o sentido parece de uma clareza acima de qualquer suspeita, flagrante, palmar, ainda aí podem surgir dúvidas quanto ao significado negocial. Para que isso suceda basta, por vezes, que o texto seja colocado em confronto (“acareado”) com os seus vários contextos possíveis. Isso acontece porque a ambiguidade assume-se como uma característica ínsita ou imbuída na própria ideia de linguagem. De uma maneira geral, as palavras, mesmo aquelas que tenham sido escolhidas com todo o critério, podem gerar uma multiplicidade de sentidos. E esses sentidos teimam em se “renovar” ou se “recriar” consoante as circunstâncias ou os contextos em que são emitidas e/ou recebidas. Uma mudança no contexto social da declaração torna bem real (e até provável) o perigo de polissemia. Naturalmente que interfere também aqui a própria limitação da linguagem – como produto humano e por isso imperfeito que é – mas também, note-se bem, a sua plasticidade. É perfeitamente concebível e natural que a mesma expressão seja utilizada para transmitir pensamentos e propósitos muito diversificados sem que com isso o seu uso possa ser acusado de pouco ortodoxo. Os linguistas alertam aqui para a distinção entre o significante ou a expressão, por um lado, e o sentido ou o conteúdo, por outro. Para além de que a palavra em si mesma não permite intuir tudo o que é juridicamente relevante: a nuance, a entoação, a ironia, a emoção ou a conotação, vivem dependentes do texto mas ao mesmo tempo à sua margem ou pelo menos nas suas entrelinhas (*things that go without saying*)<sup>60</sup>. Se estamos bem lembrados, é o contexto

<sup>58</sup> FILIPPO VIGLIONE, *L'Interpretazione del Contratto nel Common Law Inglese. Problemi e Prospettive*, Rivista de Diritto Civile, Supplemento Annuale di Studi e Ricerche, CEDAM, 2008, pag. 160.

<sup>59</sup> Dizia o fragmento, dado a conhecer na obra *A Collection of Some Principal Rules and Maximes of the Common Law de 1597*, que *ambiguitas verborum latens verificatione suppletur; nam quod ex facto oritur ambiguum verificatione facti tollitur*.

60 ADAM KRAMER, *Common Sense Principles of Contract Interpretation (and how we've been*

que denuncia e dá utilidade à figura da “declaração não séria”. Dada essa dependência do texto em face do contexto, também nos negócios deverá valer aquela ideia do “círculo” ou “espiral” hermenêutica como cânone fundamental de interpretação. Filippo Viglione chega a falar a este propósito de uma “dupla observação do contrato”. Os contratos são “relacionais” e não apenas texto — tem-no dito a sociologia dos contratos —, mesmo sabendo que esse atributo vive, hoje, uma fase de empobrecimento ou declínio dada a despersonalização das relações contratuais. Ora, o literalismo, focando-se apenas no texto, quebra ou divorcia o contrato da sua realidade. Acresce ainda que uma interpretação “dicionarista” é uma ajuda mais aparente do que real. De facto, o dicionário ou a lexicologia fornecem-nos apenas significados genéricos ou abstractos que pecam por não estar ordenados por nenhuma espécie de meta-norma que os hierarquize <sup>61</sup>. Só o contexto tem a capacidade de determinar, caso a caso, qual o sentido mais adequado para as palavras envolvidas. De resto, o jurista sabe-o bem e costuma aproveitar-se da miríade de significados coligidos pelos dicionários utilizando-os como arma de “ambiguação” do contrato <sup>62</sup>. Afinal, mesmo o conceito mais linear pode revelar-se bem espinhoso: quantos cabelos são necessários ter a menos para que alguém se considere “calvo” foi o exemplo bizarro mas ao mesmo tempo trivial usado por Stephen Smith para nos consciencializar do problema da ambiguidade natural das palavras <sup>63</sup>. Concluindo, não há volta a dar: não existe nenhum “paraíso jurídico” onde o sentido das palavras seja sempre certo e indisputável <sup>64</sup>. Pelo contrário, uma declaração é, por natureza, um “instrumento de diversidade [conceitual]” <sup>65</sup>.

Para lá da ambiguidade patente ou latente não querida ou até suposta pelas partes (que podemos chamar de “preterintencional”), avultam hoje fenómenos, a merecer uma atenção autónoma que até aqui não teve, de *ambiguidade intencional* ou “dolosa” como sucede vezes sem conta em vários tipos contratuais. De facto, a vagueza intencional também existe nos contratos e

---

*using them all along*), Oxford Journal of Legal Studies, 23 (2003), pag. 183.

<sup>61</sup> Assim, exactamente, STEVE BURTON, *Elements of Contract Interpretation*, Oxford, 2009, pag. 220.

<sup>62</sup> E. ALLAN FRANSWORTH, *Fransworth on Contracts*, Aspen Law, vol. II, 1998, 2ª edição, pag. 306.

<sup>63</sup> STEPHEN SMITH, *Contract Theory*, Oxford, 2005, pag. 277.

<sup>64</sup> Para usar aqui a expressão tornada célebre por JOHN THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, 1898, pag. 428-429.

<sup>65</sup> JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, Tome 4, *Les Obligations*, PUF, 1992, 16.ª edição, pag. 276. FRANZ WIEACKER, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, JuristenZeitschrift, 13 (1967), pag. 387, fala de uma “komplexes Sinngebilde”.

não apenas nas obras literárias e também já não é hoje exclusiva da contratação colectiva, em sede de relações colectivas de trabalho, onde essa técnica tinha, e ainda tem, um campo de eleição e onde é empregue para garantir que o conflito de interesses que está na génese de uma convenção colectiva prosiga bem vivo na sua interpretação<sup>66</sup>. Com efeito, estamos em crer que uma redacção rarefeita, aberta a vários sentidos e possibilidades, é uma condição hoje imprescindível para a formação e composição final de alguns contratos<sup>67</sup> ou de alguns outros instrumentos que se popularizaram como é o caso das cartas de conforto. Aspecto tanto mais evidente que mesmo os considerandos iniciais ou o preâmbulo dos contratos comerciais – instrumentos desde sempre usados pelas partes não apenas em jeito de antelóquio ou narrativa (por estética ou adorno) mas como elemento de entrosamento e de esclarecimento do programa contratual no seu todo –, são hoje também eles estrategicamente ambíguos (“o melhor prólogo é o que contém menos coisas ou que as diz de um jeito obscuro e truncado”<sup>68</sup>). O fenómeno explica-se assim: ambas as partes, ou pelo menos uma delas, estão conscientes da ambiguidade do contrato mas preferem só levantar esse sarilho posteriormente (*wake these sleeping dogs*<sup>69</sup>) sob pena de o contrato se perder (leia-se: não se vir a formar). Constatamos, hoje, que a concretização *verbatim* ou o apuro escrito de determinados contratos (sobretudo os mais complexos e de maior valor) é tão duro e dramático que os elevados custos envolvidos nessa discussão do clausulado são deliberadamente transferidos para a fase interpretativa, frequentemente a decorrer já em fase litigiosa, perante os tribunais. Se numa primeira fase foi a análise económica que empurrou a interpretação para uma solução comprometida com o literalismo – sobretudo porque vivia preocupada com aqueles contraentes que haviam feito um grande investimento nas negociações e no acabamento ou *design* final do contrato –, foi a mesma análise económica que se deu conta de que o contextualismo é o modelo indicado para aliviar esses custos. No fundo, ele permite às partes evitar uma prolixidade frequentemente desnecessária e com isso atingir um produto negocial mais eficiente<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Sobre esta concreta particularidade remetemos para o estudo do nosso Mestre JÚLIO GOMES, *Da Interpretação e Integração das Convenções Colectivas*, compilado na obra *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2012, sobretudo o que vem dito nas pags. 147 e segs.

<sup>67</sup> RICHARD POSNER, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, Chicago, 2004, pag. 3.

<sup>68</sup> Sobre isto vide JOSÉ CRETILLA NETO, *Da Importância do Preâmbulo nos Contratos Internacionais do Comércio*, Revista da Faculdade de Direito UFMG, 57 [2010], pag. 211.

<sup>69</sup> E. ALLAN FRANSWORTH, *Fransworth on Contracts*, Aspen Law, vol. II, 1998, 2ª edição, pag. 261.

<sup>70</sup> CATHERINE MITCHELL, *Interpretation of Contracts. Current Controversies in Law*, Cavendish,

Mas a interpretação é uma operação bem mais abrangente. Todos os dados que interpelam os sentidos, independentemente do seu género e da sua forma, colocam obrigatoriamente o problema da sua interpretação. Sejam eles gestos, comportamentos ou palavras, faladas ou escritas, cabe invariavelmente à interpretação determinar — e de forma constitutiva — o seu significado. Também a declaração negocial, por definição um fenómeno exterior, pertencente por natureza ao mundo físico, postula a sua interpretação. O seu sentido não se apura por outras grandezas ou processos, o seu alcance não se mede a regra e esquadro (*über einen Leisten schlagen* disse-o com originalidade Bernd Rütters<sup>71</sup>). O mesmo será dizer que a declaração não é sequer pensável sem ela. Conforme o adiantou Paulo Mota Pinto “não existe declaração negocial fora da interpretação”<sup>72</sup>, aspecto este que já antes fora radicalizado na obra de Aurelio Gentili: o contrato em si mesmo não existe, o que existe são as suas [várias] interpretações<sup>73</sup>. E, de facto, também não deixa de ser correcto que os próprios sujeitos, ao levar a cabo a execução do negócio, fazem-no a pretexto de direitos e obrigações obtidos por uma espécie de consenso interpretativo tácito. De resto, muitas das vicissitudes da vida do negócio jurídico têm na interpretação um trâmite inarredável: saber se os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes estão ou não sujeitos a forma, saber se os mesmos violam ou não determinações imperativas [ordem pública, bons costumes, etc.], no fim de contas o acesso ao conteúdo do negócio [o seu *Inhaltskontrolle* na terminologia alemã], são questões que passam inevitavelmente por ela<sup>74</sup>. Essa relação de dependência terá talvez o seu exemplo mais acabado no caso do erro sobre o conteúdo da declaração: de uma *Auslegung vor Anfechtung* falam comumente os alemães; a interpretação e o erro vivem “entrelaçados” (*interwined*) disse-o ainda R. Zimmerman<sup>75</sup>.

Porto, Fevereiro de 2014

---

2007, pag. 45.

<sup>71</sup> BERND RÜTTERS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª edição, C. H. Beck, 1993, pags. 140.

<sup>72</sup> PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio Jurídico*, Almedina, 1995, pag. 188.

<sup>73</sup> AURELIO GENTILI, *L'Interpretazione Autentica del Contratto*, *Contratto e Impresa*, 3 [2001], pag. 1096.

<sup>74</sup> Para vários exemplos, DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, 1985, pag. 115.

<sup>75</sup> REINHARD ZIMMERMAN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta / C.H. Beck, 1992, pag. 621. Sobre isto ver ainda GERARD McMEEL, *Interpretation and Mistake in Contract Law: "The Fox Knows many Things..."*, *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, Part 1 [2006], pags. 49 e segs.