

APOSTILHA CRÍTICA AO PROJECTO  
DE CÓDIGO CIVIL (\*)

(Capítulos I e II)

por José H. Saraiva  
Advogado em Lisboa

CAPÍTULO I

AS FONTES IMEDIATAS DO DIREITO

1. *Alcance geral do art. 1*

O artigo inicial do velho Código Civil era uma afirmação enfática e idealista, à qual não faltava todavia a perfeição lapidar que então se requeria no preceito inaugural de uma lei solene.

No texto do primeiro artigo do Projecto não houve essa preocupação formal, e nenhuma objecção haveria que fazer

---

\* *Texto do artigo:*

ARTIGO 1.º

(Fontes imediatas)

1. *São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.*

2. *Consideram-se leis todas as disposições genéricas provenientes dos órgãos estaduais competentes; são normas corporativas as regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias profissionais ou económicas, no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos.*

3. *As normas corporativas não podem contrariar as disposições legais de carácter imperativo.*

---

(\*) Comunicação ao Instituto da Conferência de Lisboa, da Ordem dos Advogados, em Maio de 1966.

por tal motivo. É, com efeito, logo neste primeiro artigo que se revela a tendência, que caracteriza todo o diploma, de sacrificar a elegância literária à exactidão jurídica. (1) Mas, por isso mesmo, causa surpresa que se abra o Projecto com uma disposição meramente formal, sem qualquer conteúdo normativo próprio.

Poder-se-ia, talvez, pretender que o artigo só aparentemente não diz coisa alguma, pois contém uma proibição do costume, embora por via indirecta; mas se esse fosse o objectivo da disposição ela incorreria, além das objecções específicas que a um tal comando haveria que formular (cf. *infra*, nn. 5 e 15), na censura de que se inicia o Código com um preceito que só comanda na medida em que omite.

Talvez pudesse dizer-se, com base numa primeira e apresada leitura, que o alcance desta primeira disposição do Código é outro: o de fixar quais são as fontes imediatas do direito, ou o de reconhecer essa categoria às normas corporativas.

Mas nenhuma dessas possíveis respostas seria satisfatória. Não se trata de uma fixação das fontes, porque a enume-

---

(1) Já se entendeu que os Códigos Civis devem ser redigidos com maior preocupação estilística do que quaisquer outras leis. SCIALOJA escreveu que «uma coisa é escrever uma lei administrativa ordinária, e outra expressar em fórmulas cristalinas o pensamento fundamental do direito privado». No Relatório do Projecto do Código Civil Brasileiro presentemente em discussão faz-se esta referência ao estilo: «Também nos Códigos Civis o estilo, como admitia o PADRE ANTÓNIO VIEIRA, pode ser muito claro e muito alto, tão claro que o entendam os que não sabem, e tão alto que tenham muito que entender nele os que sabem». Na primeira Acta da Comissão de Revisão assentou-se o seguinte, quanto ao estilo a utilizar: «Estilo do Código: científico ou popular? Partindo do principio de que as leis não podem ser acessíveis aos leigos, pois sempre supõem um esforço mais ou menos difícil de interpretação, deliberou-se que o estilo do Código seja sobretudo claro, sóbrio e preciso para os juristas que tenham de o aplicar. Resolveu-se também que, sempre que possível, se conserve a terminologia e até a própria redacção do actual Código» (*Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XXII, 469).

ração feita é tão incompleta que em caso algum se poderia considerar taxativa. Seria, então, uma simples enumeração exemplificativa; mas é evidente que não tem qualquer sentido incluir na lei uma exemplificação dessa natureza. E quanto às normas corporativas, também parece claro que elas são, por si, fontes do direito, independentemente de o Código Civil as considerar ou não como tais; o que é muito duvidoso é que possam ser referidas como fontes nos precisos termos que vêm propostos no Projecto.

Penso pois que se trata de um preceito desnecessário e vazio. A explicação da sua inclusão no Projecto está, a nosso ver, nas seguintes palavras da Exposição de motivos que acompanha a publicação da Redacção preliminar dos dois primeiros capítulos:

«As disposições a que se refere a presente exposição constituem um simples esboço, destinado a ser ulteriormente precisado, corrigido e completado. Esta declaração liminar visa de um modo especial as disposições do capítulo I, porque só à última hora, sob a influência do Código italiano, se resolveu inseri-las no Projecto» (²).

Tal declaração é inteiramente justificada, e talvez devesse ter sido tomada à letra quando se procedeu à revisão do texto. Ela revela as hesitações que o autor do articulado sentiu e o valor provisório que attribuía ao esboço delineado como base de investigações ulteriores. É aliás attitude que demonstra modéstia, elevação moral e exemplar probidade científica, virtudes que foram bem características da personalidade do Professor Doutor MANUEL DE ANDRADE. Porque ao longo desta apostilha teremos de divergir e de emitir juizos negativos em relação a muitas das soluções propostas, queremos desde já esclarecer que se enganaria quem visse nessas divergências sinal de menos respeito pela memória do mestre insigne que a morte arrebatou tão cedo. Fazemos nossas as solenes palavras com que a Universidade de Coimbra, pela voz de um dos

---

(²) *Boi. Min. Just.*, n. 102, p. 146.

seus mais ilustres catedráticos, lhe prestou homenagem:

«MANUEL DE ANDRADE foi um dos maiores juristas portugueses de todos os tempos. A vastidão e a variedade do seu saber, a sua poderosa inteligência e agudeza intelectual, a sua avidez de conhecimentos e de especulação, o gosto do estudo, a perspicácia, a intuição e a preocupação da justiça, tudo concorria para fazer dele um dos mais inígnos juristas que o nosso País tem possuído» (\*).

## 2. *Dificuldade da inclusão da matéria do art. 1 no Código Civil.*

Segundo se vê pela primeira acta da Comissão de Jurisconsultos encarregada da preparação do Projecto (\*), ficou inicialmente assente que as «regras de aplicação geral», válidas não apenas para o direito civil mas também para os outros ramos do direito, figurassem numa *lei de introdução ao Código Civil*; e justificava-se esta solução «já pela tradição, já pela maior importância deste Código».

A referência à tradição explica-se, porventura, pela existência de uma espécie de *costume codificador*, estabelecido no sentido de incluir nos códigos civis um título preliminar. É prática originada no Código Civil francês, cujo título preliminar tem por epígrafe *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*. Esta orientação de um título preliminar sobre a aplicação das leis *em geral* foi seguida por numerosas codificações europeias e sul-americanas. A solução do Código alemão diverge, e consiste em disciplinar essas matérias em lei autónoma, que não se inclui na estrutura do Código Civil; nesse sentido era já, ao tempo da publicação do código germânico, a lei holandesa, a veio a ser, em 1898, a

---

(\*) Prof. VAZ SERRA, in *Bol. Fac. Dir.*, XXXV, p. 1. De resto, e como no desenvolvimento desta apostilha se verá, não pode atribuir-se ao Prof. ANDRADE a autoria destes capítulos, pois que as alterações introduzidas no texto inicial sofreram modificações que lhe alteram completamente o sentido.

(\*) Publicada, no essencial, no *Bol. Fac. Dir.*, XXI (1946).

japonesa. O Código italiano optou também pela lei separada — *a prelegge*, e isto tanto na codificação de 1945, que inspirou profundamente o nosso Projecto, como no anterior Código de 1865. Nesse sentido devem ainda citar-se o Código Civil da Etiópia, preparado em 1960 pelo Professor de direito comparado RENÉ DAVID, e o anteprojecto oficial da «Lei geral de aplicação das normas jurídicas», elaborado pelo Professor HAROLDO VALADÃO e ainda em discussão no Brasil.

A solução de uma *lei de introdução ao Código Civil* estaria assim fora de qualquer dos dois caminhos apontados, mas é possível que aquela expressão não fosse rigorosa, visto que no texto da redacção preliminar do art. 10 se continha uma referência às normas penais. A lei introdutória seria portanto uma lei geral, não apenas uma parte do Código Civil. Posteriormente entendeu-se preferível incluir essas disposições no plano do Código, e foi essa a solução apresentada no Projecto.

Qualquer das soluções é defensável: lei separada, lei de introdução, título preliminar, parte integrante do próprio Código. Mas é manifesto que a matéria a incluir está dependente do método que se adopte. É possível que parte das objecções suscitadas pela leitura dos dois primeiros capítulos resulte precisamente do facto de o articulado ter sido delineado com vista a uma lei geral, separada do Código, e ter sido posteriormente convertido em parte integrante dele. O artigo 1, na forma que actualmente apresenta, parece comprovar esta hipótese: a inclusão de uma disposição ampla sobre as fontes do direito em geral (isto é, uma disposição que abrangesse as fontes do direito público e as fontes do direito privado) poderia talvez justificar-se numa lei geral de aplicação das normas jurídicas, mas dificilmente se compreende como parte do texto do Código Civil.

A enumeração das fontes gerais do direito e a formulação dos princípios basilares do ordenamento jurídico global não podem situar-se dentro de nenhum dos campos definidos pela linha da *summa divisio*: nem no direito público nem no direito privado, porque se trata de matérias comuns a ambos

os domínios. A sua sede própria só poderia portanto ser a lei fundamental, isto é, a Constituição Política.

### 3. *Referência às fontes imediatas do direito.*

No diploma legal «que marca o começo oficial dos trabalhos preparatórios» do novo Código Civil, o legislador entendeu necessário tomar posição quanto a um aspecto da maior importância: o da medida em que a doutrina deveria ser utilizada no texto do Projecto. Assim, nos nn. 4 e 5 do relatório do decreto-lei 33 908, de 4 de Setembro de 1944, estabeleceu-se que o legislador não deveria consagrar doutrinas que não fossem pacíficas («que ainda não estejam suficientemente maduras para poderem resistir ao embate ou às lições da experiência»), e que, precisamente por não constituírem aquisições definitivas da ciência, poderiam vir a comprometer a longa permanência a que todo o Código aspira. No mesmo sentido, e numa insistência intencional, prevenia contra as inovações desnecessárias, nascidas da mera preocupação da originalidade.

Proscrescia-se assim o tom didáctico, o que está de acordo com as tendências modernas da técnica legislativa:

«A linguagem legal repele o estilo de lição. Que o legislador se limite a ordenar o que deve ser o direito, e não a informar e a ensinar o que é direito — isto só ao cabo de uma longa evolução se imprimiu na sua consciência, e, depois, sob a sua forma de expressão. [...] Só gradualmente os códigos perdem o tom catedrático do ensino, à medida em que o legislador vai tomando consciência de que não se encontra em face de um direito já constituído, mas é ele que o cria inteiramente, mediante as suas normas. Um código moderno não contém nenhuma frase que não seja um comando» (5).

Mas logo nas suas primeiras palavras o Projecto se afasta

---

(5) GUSTAVO RADBRUCH: *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it., Torino, 1959, pp. 196-197; ID.: *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Torino, 1961, pp. 116 ss.

daquela recomendação prudente e, sem comandar coisa alguma, recreia-se a impor a consagração legislativa de uma distinção puramente doutrinal, e precisamente de uma das que parecem mais discutíveis: a distinção que alguns autores, em trabalhos de índole didáctica, estabelecem entre fontes mediatas e fontes imediatas do direito.

Sabe-se como toda a matéria referente a fontes do direito está submetida a uma intensa discussão que, longe de ter acalmado recrudesceu de significado e de vigor com as críticas ao positivismo e as investigações sobre a importância relativa de princípios e normas como factores efectivamente determinantes da decisão judicial, isto é, como fontes de direito. Independentemente desta recente perspectiva do problema, tem de reconhecer-se que, mesmo na forma clássica, foi sempre um tema controverso, o que se acusa até na flutuação e incerteza das nomenclaturas. Enquanto alguns escritores se referem a *fontes directas* e *fontes indirectas*, a maioria parece inclinar-se para a expressão *fontes formais* e *fontes materiais*. Usa-se, ainda, *fontes primárias* e *fontes secundárias*, e também *fontes mediatas* e *fontes imediatas*; foi esta última que se adoptou no Projecto. Precisamente acerca dela escreve o Professor CABRAL DE MONCADA tratar-se de «classificação absolutamente inútil e irrelevante para a ciência do direito» (6). Na verdade, a distinção parece proceder menos de uma investigação rigorosa sobre a natureza dos comandos que no seu conjunto formam um ordenamento, do que de uma conveniência didáctica ou expositiva.

Não se atinge a vantagem que possa haver em consagrar na lei a discutida distinção. Deve notar-se que o Professor MANUEL DE ANDRADE evitou tomar posição no assunto, evidentemente mais do foro académico do que da competência legislativa. Na sua redacção não se inclue a palavra *imediatas*, que só veio a ser introduzida em alguma das revisões que o texto posteriormente sofreu.

---

(6) *Lições e direito civil*, I, 3.ª ed., Coimbra, p. 89.

Ignoramos que razões levaram a fazer essa interpolação, mas é possível que se tivesse querido afastar a possibilidade de um entendimento que levasse a negar o carácter de fontes do direito (ainda que mediatas ou materiais) à jurisprudência e à doutrina. Tal negativa seria uma inadmissível hipertrofia do legalismo, que aliás teria contra si a unanimidade da doutrina do nosso País. Mas, evitando esse inconveniente, incorreu-se noutra que tem de se considerar mais grave: o de empenhar a autoridade do Código Civil numa contenda doutrinária em curso.

#### 4. *Insuficiência da enumeração legal das fontes do direito.*

O texto da redacção inicial, tal como saiu da pena do Professor MANUEL DE ANDRADE, era o seguinte:

- «I — São fontes do direito:  
 a) — As leis  
 b) — As normas corporativas»

A disposição inspirava-se directamente no texto italiano, assim concebido:

- «São fontes do direito:  
 1 — as leis  
 2 — os regulamentos  
 3 — as normas corporativas  
 4 — os usos».

O projecto definitivo dá ao preceito uma forma menos rígida:

«São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.»

O teor mantém-se idêntico ao constante da primeira redacção, mas a inflexão é menos peremptória e a forma é menos colada ao texto italiano.

Talvez que para este abrandamento formal (sem que nada se afirme, também nada se estabelece no sentido de proibir



que outras realidades, além das mencionadas, sejam consideradas fontes do direito) tenha contribuído o facto de o legislador se haver apercebido de que em caso algum se pode fazer a afirmação de que as *fontes do direito* (e visto que se não distingue, terá de se entender que *de todo o direito*, tanto público como privado) são apenas as leis e as normas corporativas. O erro doutrinal de uma tal afirmação seria tão evidente, que não se pode presumir que o legislador tenha querido incorrer nele.

Não está sequer submetido à discussão que o costume seja fonte de direito, e até uma das fontes mais importantes, em direito internacional público. Há autores que sustentam dever igualmente o costume inscrever-se entre as fontes do direito constitucional. São ainda fontes de direito internacional os tratados e convenções internacionais; quanto a estes, levanta-se o conhecido debate doutrinal que consiste em decidir se tais normas são obrigatórias independentemente das normas do direito interno que as incorporam no direito nacional, ou se pelo contrário a sua obrigatoriedade é apenas a que lhes comunicam as normas incorporadoras. É problema que se encontra em aberto, mesmo dentro da doutrina portuguesa, e não foi, certamente, intenção do autor do Projecto resolver de vez a questão, eliminando os tratados e convenções do quadro das fontes jurídicas. Não é, aliás, no Código Civil que um problema de tal natureza deve ser resolvido.

Falta ainda, na enumeração legal das fontes, a referência ao costume como fonte do direito privado, referência que não pode deixar de ser feita pelas razões que a seguir sumariamos.

##### 5. *O costume como fonte de direito privado.*

A omissão foi aliás, nesse ponto, intencional.

Na já referida exposição de motivos, escreveu-se que «do texto resulta, sem lá estar *apertis verbis*, a exclusão do costume», e escreveu-se também que não existe «motivo racional

—nem tampouco clima propício para se pôr de parte a tendência que está radicada entre nós». Essa tendência é, efectivamente, a de não considerar o costume como fonte normal do direito (1).

Esta posição foi assumida pela Comissão logo no início dos seus trabalhos. Consta da primeira Acta que «não se admita o costume como fonte do direito, mantendo-se fundamentalmente a orientação actual». Comentando esta tomada de posição, escrevia em 1946 o Professor VAZ SERRA:

«Admitir o costume como fonte do direito seria introduzir um elemento de indecisão acerca do direito em vigor. E, ainda que se não equiparasse à lei e só se lhe reconhecesse valor obrigatório na falta dela, é, na ausência da lei que preveja a espécie vertente, mais consensuoso com a necessidade de certeza e com a justiça relativa mandar observar a analogia (pois esta funda-se na convicção de que a lei, se tivesse previsto aquela espécie, a teria regulado com aquela outra cuja norma vai aplicar-se analogicamente) do que recorrer a uma fonte totalmente estranha à vontade legislativa. Quando não haja lei que possa aplicar-se por analogia, mesmo então é preferível confiar ao cri-

---

(1) O problema era discutido no domínio do antigo Código, em face das várias disposições que remetiam para o costume. Alguns autores viam aí a indicação de que o costume constituiria fonte de direito, embora só aplicável supletivamente; a solução mais conforme à verdade era porém a que negava ao costume mesmo o carácter de direito supletivo, porque na realidade se tratava apenas de uma forma de determinação da vontade não expressa. A questão foi porém sempre limitada ao direito comum; só os escritores que se ocuparam da administração ultramarina estudaram a vigência do costume nas províncias do ultramar. Também na nossa doutrina, faltam completamente os estudos sobre o costume como categoria jurídica. O problema tem sido examinado em estudos recentes, e parece acentuar-se a tendência para reconhecer ao costume o carácter de fonte jurídica imediata, independentemente do que a tal respeito se disponha no direito positivo. Vejam-se, entre outros, N. BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942; C. E. BALOSSINI: *Consuetudini, use, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958; G. AMBROSETI: *Contributti a una filosofia del costume*, Bologna, 1959; L. PEREGO: *La dinamica della giustizia*, Milano, 1956, p. 257 e ss.

tério do juiz, que deverá mover-se dentro de certos limites (entre eles o quadro da lei, isto é, as directrizes ou orientações gerais que ela consagra) a resolução da hipótese, que autorizar o recurso a uma fonte que, além de não ser precisa, não dá as mesmas garantias de rectidão» (\*).

Ficamos assim conhecendo as razões que houve para permanecer fiel à lição de 1867, e não incluir o costume entre as fontes do nosso ordenamento jurídico — razões doutrinárias de carácter geral, aliás bem conhecidas da bibliografia quer nacional quer estrangeira. Pensava-se exclusivamente em termos metropolitanos, e não se julgou sequer necessário fazer referência à importância do costume como fonte do direito nos espaços jurídicos ultramarinos. Desse modo se afastava um núcleo de problemas da maior importância, que é simultaneamente dos menos estudados na nossa doutrina e dos que poderiam constituir o fulcro de uma fecunda e específica ocupação do pensamento jurídico português.

Era porém compreensível que, em 1946, o problema se equacionasse naqueles termos. Vigoravam então os chamados Estatutos de Indigenato, e essa vigência justificava que a referida problemática fosse considerada como matéria da qual o direito comum não tinha de se ocupar pois, no fundo, tratava-se de aspectos de direito local.

Hoje a realidade configura-se diferentemente, e não pode, com veracidade, escrever-se que, no ordenamento português, o costume não é fonte do direito privado: pelo contrário, o direito consuetudinário desempenha função primacial como instrumento do qual o juiz se deve servir para impor a disciplina a uma grande parte das relações civis estabelecidas entre milhões de pessoas submetidas ao nosso ordenamento.

Na verdade, o ordenamento jurídico português é um ordenamento complexo, que talvez se possa incluir naquele tipo a que se refere o n. 3 do art. 20 do Projecto: constitui uma ordem jurídica territorialmente unitária, mas dentro dela vigoram

---

(\*) *BoL. Fac. Dir.*, XXI, 499.

diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas. É a ordem jurídica correspondente a uma nação pluriterritorial, plurirracial que na sua própria Constituição Política se atribui a missão histórica de difundir, entre as populações existentes nas províncias do Ultramar, os benefícios da sua civilização (art. 133). O princípio da adequação da norma jurídica à cultura do destinatário impõe a diferenciação dos estatutos consoante a categoria (ou estágio cultural) das pessoas, e daí o ter-se incluído no direito português a regra de que «são reconhecidos os usos e costumes locais, reguladores das relações jurídicas privadas», e a de que «os usos e costumes de direito privado constituem *um estatuto pessoal que deve ser respeitado em qualquer parte do território nacional* e cuja aplicação será limitada apenas pelos princípios morais e pelas regras fundamentais e básicas do sistema jurídico português» (arts. 1 e 2 do decreto 43 897, de 6 de Setembro de 1961).

Estas disposições legais não podem ser esquecidas, nem deverão ser encaradas como pormenores de legislação especial, não merecedoras de referência no Código Civil. Trata-se de disposições fundamentais, com valor decisivo para o entendimento e a construção conceitual do direito privado no nosso País. Não exprimem, aliás, novidade recente pois, bem ao contrário, traduzem uma das linhas permanentes do direito português, que sempre procurou amoldar a rigidez das regras-padrão (entendidas como tais as do direito vigente na metrópole) ao condicionalismo socio-cultural do meio em que se aplicam. Trata-se aliás de um princípio que ainda hoje tem a sua consagração na Constituição Política.

A gravidade destas razões exige a reforma do texto de forma a exprimir-se claramente nele não só a verdadeira função das normas consuetudinárias no conjunto do ordenamento nacional, mas também a função civilizadora que ao direito-padrão compete ir desempenhando. A solução utilizada pelo legislador de há um século, que foi, como se sabe, a de relegar o problema para algumas disposições da Carta de lei

preambular, não poderia manifestamente considerar-se hoje satisfatória, dados os evidentes progressos verificados na integração jurídica do espaço português.

6. *A jurisprudência e a doutrina como fontes do direito.*

Na enumeração das fontes excluíram-se a jurisprudência e a doutrina. Neste ponto há que reconhecer que o Projecto segue a lição quase unânime do nosso ensino, embora se afaste da orientação que tende a predominar nos autores que mais recentemente se têm ocupado do problema.

Não se desconhece que a solução adoptada tem a seu favor uma argumentação cuja importância não pode ser negada. Mas pensamos que o Projecto traz tantas inovações que bem poderia neste ponto ter rompido com uma tradição que, nascida da concepção positivista e estadualista do direito, se mostra cada vez menos de acordo com a realidade. Porque não é esse o espírito que anima o Projecto, afigura-se-nos que seria muito mais coerente com a sua estrutura ideológica reconhecer o pluralismo das fontes do que negá-lo.

A demonstração do papel decisivo que tais fontes desempenham como reatrizes directas do conteúdo normativo efectivamente vigente obrigaria-nos a desenvolvimentos muito mais longos que os que cabem nesta breve apostilha, necessariamente constituída por lembranças sumárias. Seria, designadamente, preciso fazer a análise dos planos em que se desdobra o ordenamento jurídico (o qual não é constituído por uma colecção de leis, mas sim por uma construção hierarquizada de comandos, ou normas, de generalidade decrescente e de compreensão progressiva) e a determinação de quais são as fontes de cada um desses vários extractos que no seu conjunto formam o ordenamento global. Já aliás em outros trabalhos me ocupei do assunto (9). O desenvolvimento do problema na doutrina mais recente está estreitamente ligado à controvérsia entre formalistas e antiformalistas, e a importância cada vez maior que se atribui à jurisprudência como elemento criador

do direito é um dos aspectos mais salientes da desagregação das concepções do formalismo jurídico (10).

Não podemos aqui aflorar o assunto, mas exprimimos o voto de que o problema seja revisto à luz de um pensamento que não confunda o direito com a lei. É desejo em que não estamos sós. O grande Professor CABRAL DE MONCADA, porventura o jurisconsulto português que mais fundo levou as suas investigações nesta matéria, escrevia em 1954:

«[...] levou-se longe demais o culto da lei como *única* fonte do direito. Asfixiou-se, e está-se asfixiando, em grande escala a espontaneidade criadora da vida social nas suas formas jurídicas, pretendendo encerrar violentamente toda a riqueza dessas formas em movimento dentro de um colete de forças, de um sistema lógico e preconcebido de ideias, como se fosse a vida que existe para estas e para as fórmulas, em vez de serem as ideias e as fórmulas que existem para a vida. Além disto a vida moderna transborda neste momento por tal forma para fora de todos os quadros e sistemas jurídicos provenientes do passado, que quase seria ridículo pensar que o legislador, por mais competente e inteligente que fosse, poderia acompanhar hoje esse movimento, fazendo todos os dias as leis mais sábias, sem estar constantemente a contradizer-se, a corrigir-se, e deste modo a desprestigiar incessantemente essa falsa infalibilidade do Estado democrático no campo da legislação. [...] Seria hoje sem dúvida para desejar, de *jure constituendo*, também um pouco mais de condescendência para com outras fontes do direito mais próximas da vida e mais moldadas sobre ela, que a lei desterroou. Estão neste caso o costume e a jurisprudência, no que toca ao desenvolvimento do direito, sobretudo em matéria do preenchimento das suas lacunas. Um direito consuetudinário mais respeitado na sua função integradora das lacunas da legislação escrita e uma jurisprudência um pouco mais liberta do respeito cego da lei e do seu sistema lógico de interpretação, na regulamentação dos casos omissos...

---

(9) *A crise do direito*, cap. II; «As fontes do direito», in *Tribuna da Justiça*, S. Paulo, nn. 263 e ss.; «O direito e as leis», in *Jornal do Fôro*, 30, n. 154.

(10) Ver MÁRIO CATTANEO: *Considerazioni sul significato dell'espressione «i giudici creano diritto»*, in «Atti del VII Congresso nazionale de filosofia del diritto», Milano, 1966.

cremos que seria o remédio mais adequado aos inconvenientes a que aludimos» (11).

Quanto à contribuição decisiva da doutrina para a criação do direito jurisprudencial, a seguinte passagem de ESSER, cuja autoridade em razão da matéria não será contestada, condensa bem a realidade:

«Não se trata só do fenómeno geral de que a prática e a doutrina vão deixando pouco a pouco o seu sedimento sobre um texto. Há mais que isso: a todos os pontos candentes do direito civil, em matéria contratual, delitual e de enriquecimento, a todas as figuras fundamentais da *Verwirkung*, da posse, da compensação de danos, da responsabilidade por auxiliares e por riscos de exploração, enfim, tudo o que a moderna problemática obrigou a criar — são aplicáveis aquelas proféticas palavras: «chega o momento em que a interpretação submerge o texto: a *lex* cai no olvido, o *jus* faz autoridade». E não se trata meramente de resoluções fundamentais pelo seu conteúdo, ou seja, de *leading cases* que renovam os critérios gerais da judicatura: pensamos antes na elaboração de normas e instituições materiais independentes. O que pesa aqui não é o prestígio que uma resolução adquire mercê do seu carácter fundamental, mas a sua função criadora de normas a partir do caso concreto» (12).

Só há a acrescentar que o conteúdo normativo novo que, por essa via jurisprudencial, se vai instilando no ordenamento no nosso País, tem, carácter doutrinal: é bebido nos livros dos professores, nos conceitos cristalizados pela tradição docente. O juiz doutrinário, que chega a formar verdadeiras escolas nos países do *common-law*, não existe entre nós, nem poderia existir dentro do nosso sistema judiciário; mas não faltam os juízes cultos, que acompanham o movimento da doutrina e que,

---

(11) «Integração de lacunas e interpretação da lei», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 7, p. 183.

(12) *Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, p. 311.

no exercício da judicatura, vão convertendo a ciência jurídica em direito operante e actual.

### 7. *A definição de leis.*

A Comissão assentou, na Acta a que temos feito referên-  
cia, em que «as chamadas definições, ou sejam, as noções  
gerais de cada instituto ou figura, não são de proscreever desde  
que, na parte geral do Código se insira uma disposição decla-  
rando que essas noções gerais são apenas orientadoras, e não  
decisivas, salvo quando delas se concluir o contrário». Acentuava-se ainda a necessidade de usar moderadamente das de-  
finições «para evitar que o Código tome o aspecto de um  
texto didáctico; elas podem ser omitidas sempre que se tratar  
de conceitos cuja significação se deva considerar corrente-  
mente conhecida». Esta última expressão deve entender-se no  
sentido de correntemente conhecida pelos juristas, visto que  
naquela mesma Acta se afirma ter-se partido do princípio de  
que a lei não pode ser acessível aos leigos (13).

Não foram portanto observadas essas resoluções iniciais,  
nem na parte que mandam inserir uma disposição declarando  
as noções gerais meramente orientadoras, nem na parte em  
que recomendam que se evitem as definições de conceitos  
correntemente conhecidos pelos juristas. Está manifestamente  
neste caso o conceito de Lei e na verdade não se compreende  
que haja qualquer necessidade de o definir num Código Civil.

Trata-se aliás de uma definição extremamente defeituosa  
que, em certo sentido, se diria uma anti-definição. «Definir,  
de *de* e *finire*, significa terminar, pôr fim a uma obra; mas  
também quer dizer assinalar os limites (*finis*) a uma coisa;  
daí o neologismo *delimitar*, como de terminar (*terminis*)» (14).

(13) Cf. *supra*, nota 1.

(14) Rafael BIELSA: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, 1961, p. 24. Deve porém esclarecer-se que a definição jurídica tem uma função diferente dessa simples delimitação da extensão.



Ora na definição da lei que no Projecto se pode ler não se delimitam ou aclaram contornos ideológicos mal definidos. Pelo contrário, esquecem-se deliberadamente as delimitações conceituais que a doutrina tem, a este respeito, fixado.

Em 1963 podia G. BURDEAU escrever:

«Em parte alguma se ousou qualificar de lei actos que não teriam sido adoptados por um voto das Assembleias. Falar-se-á de *Statutory orders*, de *arrêts-royaux*, de *Rechtsverordnungen*, de *Proclamations*, de *Executive orders*, de *ordonnances* ou de *decretos*, mas o título de *Lei*, de *Statute* ou de *Gesetz* continua reservado às regras pelas quais se exprime a vontade do povo soberano» (15).

Se o eminente juspublicista tivesse conhecimento da definição de lei oferecida pelo projecto do diploma basilar do direito civil português, teria necessidade de estabelecer uma ressalva em nota de rodapé, apontando uma excepção, de explicação bem difícil, a uma regra fundamental do direito de todos os Estados modernos.

É certo que existe uma acepção muito ampla, com carácter não técnico, que é aquela a que geralmente nos reportamos quando escrevemos Lei com maiúscula. É nesse sentido que se afirma, por exemplo, que o Tribunal está ao serviço da Lei; mas não foi certamente nessa acepção vulgar e não científica que se utilizou o conceito no Projecto. Não é também a definição técnica em sentido lato a que ali se encontra consagrada. Autores muito ilustres, como o Prof. Doutor MARCELLO CAE-

---

Os lógicos distinguem entre *definições explicativas* e *definições constitutivas*, entre *definições essenciais* e *definições accidentais*; as definições jurídicas são constitutivas e essenciais, isto é, destinam-se a criar os conceitos definidos através da fixação dos elementos essenciais. É sob esse aspecto que a definição jurídica é um elemento fundamental da construção jurídica. Sobre as várias acepções do termo definição, v. LALANDE: *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, voc. «Définition».

(15) «Le déclin de la loi», in *Archives de Philosophie du droit*, VIII, 36.

TANO, adoptam essa definição em sentido lato: «lei é toda a norma de carácter geral definida por mandado conhecido do Poder competente para a impôr» (16). Mas a doutrina que o Projecto sugere é completamente diferente. Não se define a lei, categoria abstracta, mas as leis. E a afirmação que no Projecto literalmente se contém é a de que são leis todas as disposições genéricas emanadas do órgão estadual, afirmação que tem de ser entendida paralelamente com a afirmação de que, além das leis assim definidas, só são fontes de direito as normas corporativas.

Haverá pelo menos que reconhecer que os defeitos e inconvenientes de uma semelhante definição são muito mais visíveis do que as suas vantagens, pois elas saltam aos olhos, enquanto os merecimentos não se descortinam.

De acordo com tal texto, poderia estabelecer-se dúvida de se a Constituição é fonte de direito, pois que, não emanando de qualquer órgão estadual, não poderia ser considerada lei. Os decretos individuais e todas as disposições legais não genéricas ficam igualmente fora do conceito de fontes do direito. As normas emanadas das autarquias locais também ficam excluídas, a menos que se admita o pressuposto chocante de que o legislador considera tais autarquias como *órgãos estaduais*, demolindo com duas palavras da lei toda a elaboração científica firmemente estabelecida em torno do conceito.

Por outro lado, o texto não atende a distinções fundamentais, que são a base da dogmática neste campo, e que a lei não tem de consagrar, precisamente porque lhe não compete fazer doutrina, mas também não pode ignorar, desde que entenda dever interferir na definição dos conceitos. Passou-se sobre a distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material, e igualmente se faz tábua rasa da distinção entre lei e regulamento.

Tem ainda de se chamar a atenção para as dificuldades que podem advir da conjugação este art. 1 com o texto consti-

---

(16) *Manual de direito administrativo*, 7.ª ed., p. 54.

tucional. De acordo com a Constituição são leis, em sentido material, unicamente as normas jurídicas cujo órgão elaborador só tem de observar o limite definido na Constituição; por outro lado, o texto do artigo levaria a recusar o carácter de fontes imediatas do direito a algumas espécies às quais a Constituição faz expressa referência: os decretos individuais e as resoluções referidas nos nn. 1, 3, 4, 5, 6, 8 do art. 81.

Recordar-se-á finalmente que a definição de lei agora proposta adopta técnica inteiramente diferente da que se pode ler no n. 3 do art. 721 do Código do Processo Civil, disposição na qual, com técnica muito preferível àquela que agora foi usada, se dispõe que «por lei substantiva devem entender-se as regras de direito, de carácter substantivo, emanadas dos órgãos de soberania nacionais ou estrangeiros; os usos e costumes, quando tenham força de lei; as convenções e tratados internacionais». É definição que não serviria para o Código Civil, dada a função específica para a qual foi estatuída, e que nos seus termos se reflete, mas que se afigura muito mais comprehensiva e completa do que a utilizada no Projecto.

Não é intento nosso fazer a análise completa da infeliz definição do Projecto. Mas os aspectos que muito em resumo ficam aflorados parecem suficientes para convencer de que tal definição levanta dificuldades sérias, e não se justifica por quaisquer razões de utilidade prática ou sistemática.

### 8. *A referência às normas corporativas.*

São também numerosas as objecções que a referência às normas corporativas pode suscitar. Condensamos nas quatro alíneas seguintes as observações que tal referência nos sugere.

a) Já conhecemos a razão de ser do texto: o exemplo do legislador italiano.

A verdade, porém, é que em Itália havia motivo para se proceder deste modo. Tal motivo estava na ideologia do regime fascista, que aspirava a impregnar toda a vida do cidadão e

portanto exigia que a existência da normatividade corporativa fosse estatuída, com toda a solenidade, logo ao abrir do Código Civil. Chegou-se até a escrever que o Código Civil era o Código fascista por excelência, documentando-se a afirmação com o facto de as normas corporativas terem sido, naquele diploma, incluídas entre as fontes do direito (17). Na realidade a supressão da organização corporativa italiana (decreto legislativo de 23 de Novembro de 1944), que não foi acompanhada da revogação expressa dos preceitos que reconheciam as normas corporativas, veio estabelecer a incerteza quanto à vigência daquelas normas, e enquanto uma parte da doutrina as considera abrogadas por incompatíveis com aquela disposição, uma outra corrente atribui-lhes o efeito de normas de vigência transitória, a qual se concluiria do reconhecimento dos efeitos jurídicos dos actos e situações constituídas ao seu abrigo, anteriormente à supressão do ordenamento corporativo (18).

Ora não se verifica em Portugal nem a perspectiva ideológica nem o condicionalismo legal que na Itália pode justificar a solução referida.

O corporativismo italiano era um corporativismo de Estado e pretendia exprimir uma concepção total da vida. A norma corporativa estava, sob o ponto de vista do direito positivo, quase no mesmo plano que a lei. Emanava do Estado. O sistema corporativo português tem outra índole. É um corporativismo de associação, e a sua normatividade é subordinada e limitada a domínios próprios. Por outro lado, não aspira a construir concepção total da vida; o Estado reconhece que não tem de interferir em tal esfera, e nesse respeito vai o reconhecimento dos valores mais altos do espiritualismo

---

(17) MARIANO DE AMÉLIO: «As leis mussolinianas no Código Civil», in *Bol. Fac. Dir.*, XVIII, p. 409.

(18) SANTORO-PASSARELLI: *Durata transitoria delle norme corporative*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961.

cristão, que são os que efectivamente definem o nosso sentido da existência.

O legislador português tem aliás, em mais de um ensejo, salientado a diferença fundamental que nos separa do sistema que vigorou em Itália. No Relatório da Proposta de lei, que veio a converter-se na lei n. 2 086, e na qual se instituem as corporações, escreve-se:

«Dá-se mais uma vez expressão jurídica à essência do nosso corporativismo, ao atribuir às corporações o carácter de pessoas colectivas de direito público. Marca-se assim nítida opposição doutrinária ao antigo corporativismo italiano, que expressamente retirava às corporações personalidade jurídica, por as considerar órgãos do Estado, e reafirma-se o princípio proclamado da natureza associativa do sistema corporativo português.»

Esta completa diversidade de concepções poderia ser documentada com muitos outros textos. E parece-nos suficiente para desaconselhar a imitação do modelo italiano.

b) Não poderá pôr-se em dúvida que as normas corporativas sejam fontes de direito. O que é discutível é que devam ser qualificadas de fontes imediatas dentro de um binómio leis/normas corporativas, e que estas últimas devam ser definidas nos termos em que o Projecto as define.

Um esclarecimento necessário é o de que por normas corporativas não se entendem quaisquer normas de direito corporativo, mas apenas normas emanadas dos organismos corporativos, o que é completamente diferente. Uma grande parte das normas do direito corporativo tem natureza de lei. E existe também uma fonte importante na definição do direito corporativo que nem tem a natureza de lei, nem tem a de direito emanado dos organismos representativos das categorias profissionais e económicas: são as deliberações do Conselho Corporativo, o qual tem, 'por exemplo, competência para resolver as dúvidas surgidas na interpretação e aplicação das leis gerais da organização corporativa ou de coordenação

económica, mediante normas obrigatórias para todos os organismos e serviços públicos (art. 2 do dec.-lei 40 324, de 6 de Outubro de 1955). É certo que o Conselho Corporativo é um órgão do Estado, mas que as suas deliberações não podem ser classificadas de leis resulta evidente no facto de que elas não podem derrogar ou modificar as normas contidas em quaisquer textos legislativos (art. 5 do dec.-lei 24 362, de 15 de Dezembro de 1934). Esta observação mostra desde logo a insuficiência da definição de normas corporativas contida no Projecto, visto que exclui as mais importantes de todas elas, sob o ponto de vista hierárquico.

Quanto à classificação das normas corporativas como fontes *imediatas* do direito, levanta dúvidas as quais aliás não procedem tanto da sua *immediatezza*, como da sua subordinação. As normas corporativas constituem direito, mas um direito secundário, subordinado, que só vale na medida em que tem na base a força que a lei lhe atribui. A Constituição faz depender a fundação de quaisquer organismos corporativos da autorização estadual, precisamente para garantir que a actividade dos grupos se exerça em harmonia com as directrizes gerais enunciadas na lei (art. 38); a lei 2 086 atribui às Corporações competência para «propôr ao Governo normas de observância geral sobre quaisquer assuntos de interesse para a corporação, e, em especial, sobre a disciplina das actividades e dos mercados; ou, com o assentimento do Estado, estabelecer essas normas». Toda a competência criadora de direito na ordem corporativa aparece assim numa relação de dependência em relação à Lei, através da qual se exprime a vontade do Estado.

Poderá certamente sustentar-se que o facto de uma norma, ou um sistema de normas, ter o carácter de fonte jurídica subordinada, não implica necessariamente que não possa ser considerado como fonte directa, pois se trata de classificações não coincidentes. Na verdade, tudo depende do sentido que se atribuir aos termos; mas a collocarmo-nos em tal posição, a enumeração das fontes imediatas teria de revestir uma

latitude que a referência feita neste artigo do Projecto está longe de comportar.

c) A definição que se propõe para «normas corporativas» abrange apenas as regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias profissionais ou económicas, seus estatutos e regulamentos internos. Ficam portanto excluídas as corporações morais e culturais, o que não se harmoniza com o comando contido nos arts. 16 e 17 da Constituição. É certo que tais corporações não foram, até ao presente, instituídas <sup>(19)</sup>, mas essa circunstância tem, no rigor dos princípios, de se considerar provisória, e o legislador não pode proceder como se tais corporações não estivessem constitucionalmente previstas. A base I da lei 2086, de 22 de Agosto de 1956, faz-lhes expressa referência, e a base XV da mesma lei cria ao Governo a obrigação de «promover a instauração de corporações morais e culturais, cabendo-lhe definir quais os ramos de actividade social que devem ser consideradas corporações na ordem moral e cultural ou a elas equiparadas».

O autor da redacção preliminar sentiu a dificuldade, e escreveu que a definição, «tal como está enunciada, não se ajusta aos organismos corporativos morais e culturais, previstos no art. 17 da Constituição Política. Não se conseguiu, por agora, uma fórmula relativamente precisa que pudesse abrangê-los, sem deixar de fora os organismos corporativos econó-

---

<sup>(19)</sup> Durante a impressão deste trabalho foram publicados os decretos 47 213, 37 214 e 47 215, que instituem as corporações morais (Corporação das Ciências, Letras e Artes, Corporação da Assistência e Corporação da Educação Cívica e Desportos). Provavelmente o texto virá a ser, neste particular, emendado de acordo com a legislação entretanto surgida; mas não deve ficar sem sublinhado o facto de a redacção deste art. 1 ser tão pouco compreensiva que a sua actualização se impôs ainda antes de o diploma entrar em vigor. Isto teria sido evitado se não se tivesse incluído uma definição em termos estreitos e contraditórios com a previsão estabelecida no texto constitucional.

«micos, esses já existentes e destinados sempre a maior evidência».

Apesar desta anotação, o texto proposto passou ao Projecto definitivo.

A importância das corporações morais e culturais é, porém, decisiva dentro da concepção do corporativismo português. Não se trata de um desenvolvimento, um acessório, mas do próprio tutano do sistema. Se não fosse possível encontrar a fórmula exacta que o exprimisse, a solução mais cautelosa seria a de eliminar a referência incorrecta que actualmente se encontra no Projecto.

d) Talvez deva ver-se nesta disposição — na medida em que estabelece o dúptico — direito estadual/direito corporativo (interno) — menos um comando jurídico *strito sensu* do que uma norma programática, uma espécie de estandarte de anti-individualismo e antipositivismo jurídico.

Na verdade, o dogma da estadualidade do direito é um dos dogmas básicos do positivismo, e contra ele têm sido dirigidas muitas críticas. As primeiras afirmações de um direito dos entes autónomos surgiram no período de luta entre o Estado e as organizações sindicais; o célebre escrito de SANTI ROMANO sobre a natureza do ordenamento jurídico (1918) veio influir de modo decisivo na doutrina posterior (BONUCCI, MAZZONI, PERTICONE, ROTONDI, BARASSI, etc.). O advento do fascismo levou a prestar, em Itália, a maior atenção ao problema dos ordenamentos subordinados, e logo em 1928 DEL VECCHIO publicou o seu ensaio, que ficou clássico, sobre a Estadualidade do Direito, no qual punha a questão com grande nitidez:

«A constituição de agregados sociais com organizações próprias e específicas, não conexas na origem com a do Estado, é um fenómeno que é costume pôr em evidência apenas com relação a algumas figuras típicas de maior relevo, como são, por exemplo, certas organizações corporativas da Idade Média e sobretudo as grandes sociedades religiosas como, antes de mais nada, a Igreja Romana. Mas na verdade o fenómeno, saivas as diferenças de proporções, tem um carácter uni-



versal, pois todo o agrupamento social tende naturalmente a gerar um direito próprio; ou, melhor, contém já em si (dead) (que seja um verdadeiro e próprio agrupamento social e não um simples caos) de certo modo a forma lógica do direito e continua a desenvolver as suas normas nesta mesma forma. E bem certo que nenhuma convivência e colaboração entre vários indivíduos são possíveis sem uma determinação, embora tácita, mas efectiva, da esfera de actividade respeitante a cada um, e consequentemente das suas obrigações e faculdades respectivas. Estas determinações podem bem ser impostas por um poder estranho e mais forte, como alguma coisa de já formado e invariável, caso em que se dá *ipso facto*, quase automaticamente, a inserção do novo ente no sistema preexistente, representado justamente por aquele poder. Mas o caso mais frequente, e por assim dizer, fisiológico, é o dos indivíduos não serem simplesmente passivos em face das normas que devem governar a acção comum, mas concorrerem a elas próprios a modelá-las, embora vão buscar os elementos a sistemas já dados anteriormente [...] Importa especialmente notar que a afirmada dependência de todos os organismos sociais da ordem jurídica do Estado se resolve muitas vezes numa simples *fictio juris*, pois existem na realidade organismos sociais que vivem *jure proprio*, ficando ligados ao Estado somente por laços extrínsecos ou por genéricas relações que não tocam a sua estrutura e não destroem portanto a autonomia da sua intrínseca ordenança. Que esta ordenança tenha natureza jurídica, deduz-se com certeza da presença dos caracteres lógicos já indicados: nem poderia negar-se tal natureza pela presumida impossibilidade de um direito não estadual, sem incorrer no erro de uma *petitio principii*» (20)

O totalitarismo político italiano não se revelava impermeável a esta contestação da estadualidade do direito, e vários escritores orientaram as suas investigações no sentido de estabelecerem a compatibilidade entre um forte poder do Estado e uma relativa independência de ordens jurídicas inferiores (ORLANDO, LESSONA, CARNELUTTI). O Estado aparecia como uma estrutura unificadora de estruturas menores, das quais tinha a tutela. Dentro desta concepção pluralista, à qual o institucionalismo deu grande projecção, «não se deve hesitar em admitir a possibilidade de ordens jurídicas diferentes das

---

(20) *Sulla stadualità del diritto*.

do Estado, quer se trate de ordens jurídicas infra-estáticas (direito regional ou provincial), de ordens jurídicas supra-estáticas (direito das Uniões Internacionais), ou de ordens jurídicas extra-estáticas (direito canónico ou direito da Igreja Católica, direito corporativo, etc.) Há assim toda uma floração de sistemas jurídicos emanados de autoridades diferentes e que, cada um no seu campo especial, se aplicam paralelamente <sup>(21)</sup>.

Se a intenção do legislador era a de reconhecer a existência das esferas jurídicas subordinadas, a solução encontrada não foi feliz porque o que no texto se consagra não é o pluralismo institucional, mas apenas o dualismo na criação do direito. Esse dualismo não está de acordo com a realidade do ordenamento jurídico português, inteiramente dominado pelo princípio de que «incumbe ao Estado promover a unidade e estabelecer a ordem jurídica da Nação» (Constituição, art. 6, n. 1). E nesse exclusivo, que o Estado se atribui, da definição da ordem jurídica, não existem outros limites senão os que a moral, a justiça ou a lei lhe impõem.

### 9. *Apreciação de conjunto do artigo 1.*

Vimos que o primeiro artigo do Projecto é formado por uma enumeração das fontes do direito e pela definição de cada uma das fontes enumeradas.

Nem a enumeração nem as definições constituem comandos, no sentido de imperativos geradores de direito. São, portanto, preceitos desnecessários.

Mas sucede que a enumeração não é correcta, e que ambas as definições não podem de deixar de se considerar erradas, pois ambas incorrem no vício de contrariar, por um lado, os conceitos basilares da doutrina, por outro a realidade do direito positivo em vigor.

---

<sup>(21)</sup> PAUL ROUBIER: *Théorie générale du droit*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1951, p. 256.

O artigo constitui assim, a nosso ver, um erro desnecessário. Uma revisão cuidadosa dos seus termos poderá atenuar ou mesmo eliminar os erros, mas não pode, por essa via, evitar-se a desnecessidade. Pensamos portanto que a supressão pura e simples do art. 1 seria a solução indicada.

## CAPÍTULO II

### ASSENTOS

#### 10. *Falta de conteúdo do art. 2.*

O artigo 2 contém apenas uma ressalva, tornada necessária em face da enumeração contida na disposição precedente. Nesta limitava-se o quadro das fontes do direito à lei e às normas corporativas; mas como é evidente que os assentos do Supremo, e quaisquer outras decisões judiciais com efeitos *erga omnes*, são criadores do direito, entendeu-se necessário incluir um artigo em que isso ficasse claramente afirmado. Ora já vimos que a enumeração de fontes do art. 1 não é taxativa; as fontes são aquelas, e além delas as várias outras que lá se não referem; e, se a enumeração não é taxativa, a ressalva torna-se evidentemente desnecessária.

---

\* *Texto do artigo:*

#### ARTIGO 2.º

(Assentos)

*Nos casos declarados na lei podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.*

Acresce que a redacção do preceito, sob a forma de uma pura norma de vaga remessa, não é feliz. Dizer que os tribunais podem fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória legal, nos casos que a lei declara, é uma simples constatação sem alcance normativo próprio. Essa possibilidade dos tribunais não provem do art. 2 do futuro Código Civil mas das leis às quais este se refere; essas leis podem variar, e podem até suprimir, por hipótese, o poder legal que no artigo se refere, porque não é do artigo que esse poder nasce. Se, portanto, o preceito não estivesse declarado no Código, tudo se passaria exactamente da mesma forma. Não se vê, pois, que exista qualquer razão justificativa deste artigo.

CAPÍTULO III  
VALOR JURÍDICO DOS USOS

11. *Apreciação geral do art. 3*

O artigo 3 tem por objectivo dar relevância aos *usos* e hierarquizá-los dentro da teoria das fontes. A ordem que o n. 2 estabelece é: lei, norma corporativa, uso. É matéria acerca da qual a Comissão se pronunciou logo na primeira Acta: ao decidir a proibição do costume, acrescentou: «outra coisa é o valor dos usos, para os quais se deverá remeter mais frequentemente que hoje». Não ficaram explicados os motivos desta aparentemente contraditória aversão ao *costume* e simpatia pelo *uso*, realidades tão afins que nem sempre é fácil definir a fronteira que separa o uso do costume. A doutrina

---

\* *Texto do artigo:*

**ARTIGO 3.º**

(Valor jurídico dos usos)

1. *Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.*
2. *As normas corporativas prevalecem sobre os usos.*

invoca a falta do elemento psicológico ou da *opinio juris vel necessitatis*, mas a vaguidade deste elemento não esclarece a questão. Os sociólogos têm analisado e procurado distinções nessa massa confusa constituída pelos costumes, usos, *folkways*, *mores*, e as opiniões mostram-se variáveis de autor para autor; as diferenças parecem ser apenas de grau; «o uso, diz-nos E. WILLEMS, é o tipo de comportamento que difere do costume pelo facto de que da sua inobservância não resultam sanções, ou só sanções leves».

O Prof. ANDRADE acompanhou o articulado com a recomendação de que «nos lugares próprios se deve consignar a relevância dos usos no tocante à interpretação dos contratos (ou outros negócios de natureza patrimonial), à execução de quaisquer prestações devidas, e ainda que as partes podem remeter para eles, de modo expresso ou apenas tácito, quando estipulem sobre matérias não subtraídas à sua disponibilidade». Só uma leitura muito atenta de todo o texto do Projecto permitirá concluir se a recomendação foi suficientemente observada; o primeiro exame inculca a resposta negativa.

Seguindo ENNECCERUS-NIPPERDEY, o autor do texto condicionou a relevância do uso à boa fé, o que talvez se justifique. É a proibição do uso manhoso, e sem dúvida que em cumprimento de contratos há manhas usuais; poderia dar-se o caso de a lei remeter para o uso local, e este ser um uso contrário à boa fé. É, porém, discutível que uma tal prescrição careça de texto expresso, dado que a proibição do *agere in fraudem legis* é hoje considerada como princípio imanente a qualquer ordem jurídica; ao juiz compete impedir a fraude à lei, e esse seu poder é suficiente para desviar a aplicação do uso de má fé.

Também a redacção do preceito — que, como o anterior, tem a estrutura de uma norma de remessa — é defeituosa. A proposição: «Os usos são juridicamente atendíveis quando a lei o determine» é puramente constatativa, e não contém qualquer comando. É evidente que, sempre que a lei o determine, os usos são atendíveis, e isto não porque sejam usos,

mas porque a lei o determina. O preceito assumirá conteúdo autónomo desde que inclua uma limitação: só quando a lei o determina, os usos são atendíveis. Mas essa limitação seria uma redundância dentro da economia do capítulo que, ao excluir o uso do número das fontes, claramente marca a sua inatendibilidade em geral, não sendo necessário voltar a afirmá-la em preceito próprio.

O n. 2 do artigo (prevalência da norma corporativa sobre o uso) foi importado da lei italiana onde tal medida se justificava. As objecções feitas sob o n. 8 têm aqui cabimento. Mas deve acrescentar-se que este preceito difficilmente se pode articular com o anterior. Pois se o uso só se converte em norma por a lei expressamente o determinar, não se compreende como se possa verificar a hipótese de, em seu lugar, vir a ser aplicada a norma corporativa. Porque o n. 2 do art. 3 é lei geral, e em relação a ele qualquer norma que mande aplicar um uso é lei especial. Não faria aliás sentido essa subrogação de uma norma, expressamente mandada aplicar pela lei, por outra, cuja existência a lei não tinha previsto.



## CAPÍTULO IV

### A EQUIDADE

#### 12. *Apreciação geral do art. 4.*

A inclusão do art. 4, do mesmo modo que a dos arts. 2 e 3, só se tornou necessária em virtude da definição de fontes contida no art. 1. A estreiteza e o carácter aparentemente *clausus* da enumeração levaram à inclusão no texto legal de três retoques, que se referem aos assentos, aos usos e à equidade; a autonomia atribuída no articulado a cada um destes três pontos resulta possivelmente do facto de se ter querido consagrar um capítulo às fontes do direito; esse capítulo não teria

---

\* *Texto do artigo:*

#### ARTIGO 4.º

(Valor da equidade)

*Os tribunais podem resolver segundo a equidade:*

- (a) *Quando haja disposição legal que o permita;*
- (b) *Quando as partes o requeiram de comum acordo e a relação jurídica não seja indisponível;*
- (c) *Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis da cláusula compromissória.*

matéria suficiente se não se dedicassem referências, sem comando próprio, a normas contidas em outras leis.

O art. 4 é uma comprovação disto mesmo.

Nada temos a objectar à permissão da equidade nos termos em que vem proposta (<sup>22</sup>). Mas ao Código Civil compete, apenas, reconhecer a relevância da equidade como fonte do direito, dentro dos limites da lei, e não entrar abertamente na indicação — que já pertence ao direito processual — dos casos em que ao juiz é permitido fazer uso de tal fonte.

Na justificação dos motivos denuncia-se com a maior evidência o carácter processual da disposição: diz-se aí que a alínea b) (que permite às partes requererem ao juiz o julgamento *ex aequo et bono*) «foi tirado do art. 114 do novo Código de Processo italiano», e justifica-se de um modo geral o preceito com a razão de que, segundo o nosso Código do Processo, as partes podem convencionar tal forma de julgamento no que se refere ao tribunal arbitral.

Essa origem espelha-se nos termos da redacção, que não define direitos substantivos, mas sim um meio instrumental para a sua apreciação judiciária. Por isso o artigo foi pensado como uma norma reguladora da competência dos tribunais, sem sequer se esclarecer quais, o que poderá motivar discussão: «os tribunais podem...» Os titulares dos direitos aparecem designados como «partes», no manifesto sentido de litigantes. Tal redacção integra-se mal no Código Civil; e no caso de se vir a manter a disposição, dever-se-ia procurar uma fórmula mais concisa, que não incluísse referência a requerimentos, nem a convenções inter-partes, ou mesmo aos órgãos judiciais.

---

(<sup>22</sup>) As vantagens da admissão da equidade não são aliás unanimemente reconhecidas. BARTOLOMEI via no conceito uma capa suspeita sob a qual se escondem «as astúcias de um inoportuno moralismo», precioso para os fins da actividade reformadora do direito, perigoso para os fins da sua aplicação.» Veja-se, sobre o problema, a lúcida perspectiva de L. BELLOFIORE: *I giudici di equità*, in «Atti del VII Congresso Nazionale de filosofia del diritto», Milano, 1966.

### 13. *Opinião global sobre o capítulo I.*

As objecções formuladas não podem deixar de impor uma conclusão: a de que o capítulo I deve ser ou simplesmente eliminado ou completamente refeito. Tal como se encontra, é vazio de conteúdo normativo, é nocivo sob o ponto de vista da elaboração científica do direito, e está em flagrante contradição com a realidade do nosso ordenamento jurídico, postulando um dualismo de fontes normais, que não existe, e omitindo o reconhecimento dos estatutos baseados no direito costumeiro, fenómeno que é da maior importância na definição global da ordem jurídica portuguesa. Estas deficiências poderão ser explicadas pelo facto de a redacção destes preliminares datar de há já muito tempo, e não ter sido substancialmente alterado um rascunho, sem dúvida cheio de autoridade em razão do ilustre autor que o subscreveu, mas ao qual esse mesmo autor recusava carácter definitivo, até ao ponto de não ter consentido, enquanto foi vivo, que a tal apontamento fosse dada publicidade antes de «proceder à ampla revisão, que julgava necessária», e que, infelizmente, não chegou a poder realizar<sup>(23)</sup>.

Comprende-se que a eliminação pura e simples provoque retraimento, por se entender que ela pode afectar a arquitectura geral do Projecto, privando-o de uma parte que talvez haja sido concebida como estrofe inicial, ou como maiúscula para a abertura solene do livro da lei. A remodelação seria então julgada solução preferível. E não falta matéria da maior importância para integrar no capítulo, em substituição dos artigos que lá inútilmente se consagram às fontes do direito: tal matéria poderia ser a da afirmação do carácter complexo do ordenamento do direito civil português, a indicação da função civilizadora e aculturadora que ao direito comum pertence exercer, o reconhecimento da vigência dos estatutos pessoais e da sua natureza transitória, a definição do conceito de or-

---

(23) *Bol. Min. Just.*, 102, pp. 141 e 142.

dem pública na tripla função que ele desempenha no nosso sistema jurídico, a consagração e encorajamento da doutrina como fonte material e alavanca do progresso das leis.

Dir-se-á que são matérias insólitas. Elas não figuram, na verdade, nos Códigos Civis das demais nações civilizadas. Mas o critério que pode decidir a inclusão ou rejeição dos materiais normativos não pode ser nem o da imitação nem o da força dos hábitos. Um ordenamento jurídico global é a expressão, no plano normativo, da realidade nacional que lhe está na base. E se nós somos uma Nação diferente, não pode surpreender que mostremos um Código Civil no qual nem tudo é semelhante aos outros. De estranhar seria que um povo que soube criar um tipo próprio de Nação se envergonhasse de definir, na sua legislação fundamental, os princípios originais, mas básicos, da sua própria estrutura jurídica.

## CAPÍTULO V

### COMEÇO DA VIGÊNCIA DA LEI

#### 14. *Objecções de forma.*

O art. 5 do Projecto é formado por dois números, referentes o primeiro à publicação e o segundo à *vacatio legis*. Consagram, um e outro, doutrina bem assente, e nenhuma reserva há a estabelecer quanto à matéria. As objecções possíveis dirigem-se portanto unicamente à forma, que entendemos poderia ser aperfeiçoada.

No n. 1, o autor da redacção preliminar tinha escrito:

*«A lei só se torna obrigatória depois de publicada».*

Após a revisão a que foi submetido, o preceito passou a dizer:

---

\* *Texto do artigo:*

#### ARTIGO 5.º

(Começo da vigência da lei)

1. *Só a publicação torna a lei obrigatória.*
2. *Entre a publicação e a vigência da lei decorrerá o tempo que a própria lei fixar ou, na falta de fixação, o que for determinado em legislação especial.*

«*Só a publicação torna a lei obrigatória*».

Diz-se substancialmente a mesma coisa, mas, se havia que optar entre alguma das formas, a primeira apresentava vantagens e não se compreende a censura que sofreu.

O advérbio *só* é um dos advérbios de exclusão (*só*, *sòmente*, *apenas*, *salvo*, *senão*) e comporta a ideia de unicidade, de exclusão de qualquer outra condição além da enunciada. Seria, evidentemente, um entendimento tendencioso o de que a publicação, *só* por si, torna a lei obrigatória; mas os termos usados não excluem essa leitura, que seria ofensiva do disposto no n. 9 do art. 81 da Constituição: a lei que não for *promulgada* e *publicada* é inexistente.

A forma primitiva — *só depois de* — é uma locução temporal que não admitiria qualquer equívoco. Por isso seria preferível, a nosso ver, voltar ao texto anterior.

O n. 2 contém o segundo período do n. 1 do Anteprojecto, que se entendeu vantajoso desdobrar. Também aqui a Revisão introduziu correcções de forma, mas, do mesmo modo que no preceito anterior, a primeira redacção parece melhor.

Dizia-se: «*O tempo que para este efeito [início da obrigatoriedade] deva correr sobre a publicação da lei, quando ela mesma não preveja diversamente, será o determinado na respectiva legislação especial*».

Passou a dizer-se: «*Entre a publicação e a vigência da lei decorrerá o tempo que a própria lei fixar ou, na falta de fixação, o que for determinado em legislação especial*».

A primeira redacção é mais meticolosa. Na verdade, a legislação especial tem aplicação no caso de a lei nada dispor quanto ao momento da sua entrada em vigor, e não no caso de a lei não fixar um lapso de tempo, entre a publicação e o início da vigência. Tal como está, e no rigor dos termos, o n. 2 do art. 5 conteria a proibição da vigência imediata, visto ordenar que, na falta de fixação do tempo da *vacatio legis*, se aplica a legislação especial. Quando se diz que a lei entra *imediatamente em vigor* estamos perante um caso de falta de

fixação do tempo que decorre entre publicação e vigência, ou, o que é o mesmo, estamos em face da declaração de que não decorre tempo algum. A redacção do Anteprojecto manda dispor quanto à entrada em vigor, não manda fixar um tempo de *vacatio*. É, pois, a fórmula preferível, porque não comporta a possibilidade daquele vicioso entendimento.

CAPÍTULO VI  
A IGNORÂNCIA DA LEI

15. *A ignorância da lei e o princípio da contemporização.*

Consagra-se no art. 6 o princípio basilar de que *ignorantia juris non excusat*, ou de que *nemo jus ignorare censetur*. Tal princípio é um postulado da noção de vigência e está na raiz da ideia de normatividade. Quase todos os códigos civis registam um preceito neste sentido, com fórmulas aliás diferentes.

O carácter peculiar da realidade nacional portuguesa obriga a examinar o assunto com a maior atenção. No plano da norma constitucional estabelece-se a *igualdade dos cidadãos perante a lei*, salvas, porém, as diferenças impostas pela diversidade das circunstâncias e pela natureza das coisas (art. 5 e § único); entre esta *diversidade de circunstâncias* compreende-

---

\* *Texto do artigo:*

**ARTIGO 6.º**

(Ignorância ou má interpretação da lei)

*A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas.*



-se a diversidade dos estádios culturais das populações; e por isso o art. 138 estabelece que «haverá nos territórios ultramarinos, quando necessário e atendendo ao estado de evolução das populações, estatutos especiais que estabeleçam, sob a influência do direito público e privado português, *regimes jurídicos de contemporização* com os seus usos e costumes, se não forem incompatíveis com a moral, os ditames da humanidade ou o livre exercício da soberania portuguesa».

Este princípio da contemporização radica, evidentemente, na falta de adequação entre certo tipo de normas e certo tipo de destinatários (pois são destinatários das normas de um ordenamento todas as pessoas submetidas à soberania que está na base do mesmo ordenamento). E portanto o princípio da *ignorantia juris* (que essencialmente exprime que «a norma vigora e vale independentemente do conhecimento que dela possam ter os destinatários») é contraditório com o princípio da contemporização, ou da inexigibilidade.

Em termos puramente formais há sempre possibilidade de achar logomaquias que resolvem todas as contradições, e entrevê-se a solução que consistiria em dizer que os dispensados estão sujeitos como os obrigados, pois que existe norma formal de dispensa, ou de remessa para estatutos exigíveis. Mas à ciência compete apreender e elaborar a realidade, e não escondê-la em jogos de palavras: contemporizar é o contrário de exigir, e num ordenamento em que os dois princípios vigoram não se pode afirmar apenas um deles como correspondendo à realidade.

O problema é realmente difícil, e não pode ser resolvido pela fácil afirmação da autonomia dos estatutos, considerados como ordenamentos subordinados e independentes do direito comum. Tal solução falsearia a função dos estatutos (eles só podem vigorar *sob a influência* modeladora do direito comum), além de que a inexigibilidade é, em certos casos, directamente que o direitoreportada ao direito comum. Assim, a lei dispõe o juiz, quer napenal é igual para todos, devendo, porém, apreciação das condutas, quer na cominação das penas, con-

siderar a influência que sobre o delinquente e os seus actos exerceu o estágio cultural em que se encontra.

Não é aliás problema só nosso: é o problema geral dos aborígenes ou grupos de pessoas que vivem no seio da comunidade nacional mas «cujas condições sociais e económicas correspondem a uma etapa menos avançada que a alcançada por outros sectores da colectividade nacional, e por isso estão regidos total ou parcialmente pelos seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação especial» (art. 1 do Convénio relativo à protecção e integração das populações aborígenes).

Nas codificações recentes dos Estados em cuja população existem núcleos aborígenes tem-se procurado uma solução. Os Códigos argentino e cubano conjugam a afirmação da *ignoratio juris* com a ressalva por disposição especial. O Código do México inclui um preceito que atribui ao juiz o poder de dar relevância à ignorância da lei a pessoas em virtude de notório atraso mental, do seu afastamento das vias de comunicação ou da miserável situação económica, desde que não se trate de leis que afectam directamente o interesse público. O Anteprojecto brasileiro de 1964 faz seguir a regra da *ignoratio juris* de um § que autoriza o juiz a aceitar a escusa da ignorância a indivíduos evidentemente rústicos, em especial se habitarem longe dos núcleos urbanos; e tem interesse notar que, como fonte desta disposição, se refere o direito reinícola português, o qual exceptuava os não evoluídos da obediência da lei comum.

A solução a dar, no nosso caso, ao problema, depende até certo ponto da que se assumir quanto ao reconhecimento, que já se acha feito no nosso direito, mas que pode considerar-se inconveniente consagrar no Código Civil, dos estatutos costumesiros. Dada a importância dos núcleos aborígenes dentro do conjunto da nossa população, e o facto de uma grande parte deles estarem submetidos à lei comum (os estatutos aplicam-se apenas aos vizinhos das regedorias), parece-nos que se justificaria um artigo especial.

### 16. A referência à má interpretação.

O legislador fez uma inovação em relação ao texto do art. 9 do antigo Código: acrescentou uma referência à *má interpretação*.

O acréscimo seria pelo menos desnecessário, pois que uma interpretação errónea é um aspecto, uma modalidade psicológica da ignorância, pelo que fica abrangida neste conceito. Ora a referência a um aspecto psicológico de um princípio que só tem realidade lógica não tem justificação, e parece revelar a aceitação implícita da tese, já ultrapassada pela doutrina, da *fictio juris*.

Na verdade os autores do período individualista admitiam que na base do princípio da *ignoratio juris* estava a ficção de que, decorrido o período da *vacatio legis*, se presumia o conhecimento da lei por todos os que a ela estavam submetidos; na perspectiva individualista seria na verdade chocante exigir a alguém a responsabilidade pelo incumprimento de normas ignoradas. Do mesmo género era a ficção do contrato social, destinada a afastar a repugnância causada pela ideia da submissão à autoridade não querida. A localização, nos códigos, da consagração do princípio da *ignoratio* — logo após a afirmação da regra da *vacatio* — é talvez um vestígio desta mentalidade.

É flagrante que esta preocupação de apresentar o princípio como base da justiça do direito era inviável, porque a presunção de um conhecimento efectivo é imediatamente desmentida pelos factos: nem sequer os técnicos conhecem toda a legislação em vigor. Daí teses veementes, quase animadas de um sopro de indignação, como a de JOAQUIN COSTA <sup>(24)</sup>, e a evolu-

---

<sup>(24)</sup> *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y costumbre*, Barcelona, s. d. Comen-tando a ficção, escreve este A.: «A ordem social, nas nações modernas, não pode basear-se na verdade; necessita de uma abstracção, necessita de um artifício gigantesco, monstruoso, que condena os homens a caminhar às cegas pelo mundo; que os condena a reger a vida por critérios que lhes são e fatalmente lhes hão de ser ignorados» (*op. cit.*, p. 6).

ção logo registada no sentido de que o princípio não visava a justiça, mas precisamente o seu reverso: a certeza. Na sua base não estava qualquer presunção de conhecimento psicológico, mas a exigência lógica inerente à própria normatividade jurídica, ou a afirmação da imanência necessária do direito. LEGAZ Y LACAMBRA expõe o problema com grande clareza:

«O princípio *nemo jus* não deve entender-se no sentido de que se presume que cada qual conhece o direito, o que seria uma ficção que careceria de todo o sentido e pecaria do mesmo defeito que a argumentação contrária, pois esta diz que o direito não é sempre válido porque nem sempre se conhece; no primeiro caso dir-se-ia que, pois que se conhece, e precisamente porque se conhece, é sempre válido. O sentido jurídico do preceito é cabalmente o de uma afirmação de segurança: a vida jurídica seria um caos se a entrada em vigor da sanção prevista numa norma se fizesse depender do conhecimento que da mesma alegasse o seu infractor, e desapareceria todo o rastro da ordem jurídica se ninguém tivesse a possibilidade de uma certeza sobre a sua situação, desde o momento que a existência das respectivas normas reguladoras estivesse dependente de factor tão movediço.» (25)

PUGLIATTI põe bem a claro a completa falta de conteúdo psicológico do princípio, comparando-o com a relevância do motivo psicológico na teoria do erro (26).

Claro que a inclusão da referência à interpretação errónea não significa, necessariamente, que o legislador tenha atribuído à regra sentido psicológico e não puramente lógico-normativo. Mas induz nesse inconveniente, e portanto preferível seria eliminá-la.

(25) *Filosofia del derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1961, p. 597.

(26) *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, p. 34. Sobre o assunto, e no mesmo sentido: RAYMOND GUILLIEN: «Nul n'est censé ignorer la loi», in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, I, 253 ss.

CAPÍTULO VII  
CESSAÇÃO DA VIGÊNCIA DA LEI

*17. Proibição da revogação por desuso.*

O art. 7 refere-se à cessação da vigência da lei, e tem fundamentalmente o objectivo de proibir o desuso, proibição que claramente resulta do n. 1. Esta doutrina era já dominante entre nós, devendo todavia registrar-se opiniões em sentido contrário. O autor da redacção não teve a pretensão de inovar, e escreve que «só pensou em sintetizar a doutrina corrente sobre os pontos aí versados», afirmação exacta sobre-

---

\* *Texto do artigo:*

**ARTIGO 7.º**

(Cessação da vigência da lei)

1. *Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei.*
2. *A revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.*
3. *A lei de carácter geral não revoga a lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador.*
4. *A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara.*

tudo quando referida à doutrina portuguesa. Dando igualmente balanço à doutrina corrente, cujas fontes copiosamente cita, o autor do anteprojecto brasileiro foi conduzido a enunciar uma disposição precisamente em sentido contrário: «A lei se revoga, no todo ou em parte, por forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência assente».

O problema da força revogatória do costume não depende da declaração legal. O desuso actua sobre as leis, e acaba por lhes retirar efectivamente a vigência material.

É fácil encontrar nas colectâneas de legislação normas publicadas há muitas décadas, que esqueceram completamente e nunca foram revogadas. São os galhos mortos do ordenamento, e, se teóricamente se não pode excluir a hipótese de algum juiz ou autoridade pretender applicá-las, por manterem vigência formal, a verdade é que o simples bom senso das pessoas afasta tal probabilidade: dentre as normas vivas encontrar-se-á sempre alguma que possa ser referida à hipótese, sem necessidade de recorrer às prateleiras do bric-à-brac jurídico. Apesar disso, pensamos que o preceito tem utilidade porque proíbe a invocação do desuso como meio de defesa, e essa proibição é salutar. É preferível correr o risco de alguma repristinação menos conforme à contemporaneidade, que sujeitar todo o ordenamento a uma reverificação contínua da sua vigência no plano dos factos.

#### 18. *Lei geral e lei especial.*

As relações entre lei geral e lei especial estão reguladas no n. 3 do art. 7. As observações seguintes são apenas quanto à forma.

A primeira redacção era a seguinte:

«III — *Uma lei especial não se considera, desde logo, revogada pela lei geral posterior.*».

A redacção adoptada foi esta:

«3. — *A lei de carácter geral não revoga a lei especial, excepto se outra for o intenção inequívoca do legislador.*»

Compreende-se que a fórmula preliminar tenha merecido reparo, dada a vaguidade que apresentava: não se trata de considerar, ou não considerar, revogado, mas de revogar efectivamente; e a expressão *desde logo* insinuava acepções temporais que, manifestamente, não eram de considerar. A própria construção do preceito era indirecta, e a revisão enunciou-o na voz activa, o que só pode merecer concordância.

Mas, eliminando aqueles defeitos, veio a nosso ver a incorrer noutros.

Em vez de *lei geral*, escreveu-se *lei de carácter geral*. Ora o carácter de generalidade é apresentado na doutrina clássica como um dos sinais distintivos da norma jurídica. É certo que também esse tema se encontra hoje em via de revisão <sup>(27)</sup> mas não é crível que o legislador tenha, com esta correcção, pretendido envolver-se na questão. Aliás o princípio segundo o qual *speciali per generalem non derogantur*, é um princípio de lógica formal (não é mais que a aplicação da regra de que o que é verdadeiro quanto à espécie não o é necessariamente quanto ao género), e aplica-se a todas as regras. A espécie inclui-se no género, mas tem diferenças específicas: e são essas diferenças que impõe a especialidade de normas. Sob o ponto de vista da aplicação deste princípio, nunca se pode classificar uma lei como geral ou como especial; ela será geral em relação às espécies que abrange, e especial em rela-

---

(27) A generalidade como caracter necessário da norma jurídica foi discutida e negada por CARRÉ DE MALBERG, e depois por KELSEN. O tema constitui o objecto de um penetrante estudo de BOBBIO: «Per una classificazione degli imperativi giuridici», in *Scritti giuridici in memoria de Calamandrei*, Padova, 1958, p. 109 ss. Em muitos outros escritores recentes se pode observar a mesma orientação quanto ao pretensão carácter da generalidade da norma jurídica.

ção ao género mais amplo em que se integra. E a rigor, sob o ponto de vista do seu nível de generalidade, toda a lei (exceptuada a Constituição) é simultâneamente geral e especial.

O facto de uma regra, para o efeito da aplicação do princípio, ser geral ou especial, é um facto relativo, e nunca é lícito dizer que uma regra é, em si mesma, de *carácter geral*. Por isso esta expressão carece de sentido; e se algum tiver de se lhe procurar em direito positivo, só poderia ser o de lei em sentido formal (isto é, Lei da Assembleia Nacional) porque são estas que, em direito positivo (art. 92 da Constituição) se devem limitar às bases *gerais* dos regimes jurídicos.

Não é evidentemente esse o resultado que se pretende atingir. E a dificuldade evitar-se-á escrevendo, simplesmente, leis gerais.

A outra inovação trazida na fase da revisão foi a de incluir ressalva da inequívoca intenção do legislador. Entendemos, por motivos que adiante expomos, que a intenção do legislador não deve, em geral, ser tomada em consideração na interpretação da lei. Aqui o problema põe-se com especial gravidade, porque faz depender da averiguação de uma *intenção* o valor das normas especiais. Uma *intenção* é sempre algo de vago, e não se simplifica nada o problema dizendo que a intenção deve ser inequívoca. Todas as intenções são inequívocas, como realidade psicológica; o que pode ser equívoco é a exteriorização, e se a exteriorização (que no caso é a lei) for inequívoca, não chega a levantar-se o problema.

Porque a intenção do autor da lei ou se exterioriza em declaração, ou não chega a exteriorizar-se. No caso afirmativo, não há que falar na intenção mas na lei, e portanto em vez de se escrever «excepto se outra for a intenção inequívoca», dir-se-á simplesmente «excepto disposição em contrário»; e se o objectivo é o de dispor para o caso de faltar disposição expressa, mas a revogação da lei especial resultar claramente do contexto, é isso mesmo o que deverá ser dito, sem remeter para a averiguação de intenções conjecturais



porque, repete-se, fora do que se escreve, tudo o mais é problemático e converte-se facilmente em fonte de discussão.

### 19. Proibição da reprivatização.

O n. 4 do art. 7 contém a proibição da reprivatização. Essa proibição era já a opinião dominante da doutrina, mas nenhum comando legal a consagrava. E talvez tivesse sido preferível deixar o assunto na situação anterior.

Na extreme geometria dos princípios, e desde que se tome a noção de vigência na sua acepção puramente formal, pode realmente entender-se que, desaparecido o comando que revoga, reaparece o comando revogado. Esta ressurreição (o Projecto chama-lhe *renascimento*, nomenclatura até agora desconhecida das nossas leis) pode ser necessária ou ser nociva; sobretudo em direito regulamentar e em matérias económicas pode apresentar-se a vantagem de regressar a um regime anterior sem o legislar de novo; é o caso de regulamentações que em certo momento foram postas de parte, mas depois se verificou que, apesar dos inconvenientes que apresentavam, a vigência era preferível à não-vigência. Voltar a legislá-las na forma anterior seria tomar posição legislativa quanto àqueles aspectos que levaram à revogação, e cujos inconvenientes se continuam a reconhecer; haveria pois que regulamentar de novo. Mas uma regulamentação nova exige oportunidade política que pode, eventualmente não se verificar. A revogação da regra revogatória permitiria nesses casos restituir a vigência, sem obrigar ou a reformar ou a repetir erros conhecidos: é o simples regresso ao *statu quo ante*, enquanto se não adopta solução definitiva.

Talvez por isso, nem na lei italiana de 1942 nem no Projecto francês de 1951 se julgou necessária a proibição da reprivatização. O autor do nosso Projecto indica, como fonte, o art. 2 da lei de introdução ao Código Brasileiro, mas deve lembrar-se que no novo anteprojecto brasileiro se propõe a eliminação desse preceito, porque na prática ele se revelou completamente inútil.

## CAPÍTULO VIII

### A OBRIGAÇÃO DE JULGAR E OS JUÍZOS DE VALOR LEGAIS

#### 20. *Carácter judiciário do art. 8.*

O artigo 8 contém uma regra da actividade dos juízes, e portanto de carácter nitidamente judiciário. Isto resulta sem qualquer possibilidade de dúvida dos termos em que está redigido: qualquer dos seus três números é uma ordem dada ao juiz (no n. 1 diz-se «*o juiz*», nos nn. 2 e 3 diz-se «*o julgador*»).

---

\* *Texto do artigo:*

#### ARTIGO 8.º

(Obrigação de julgar e dever de obediência   lei)

1. *O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerca dos factos em litígio.*

2. *O julgador não pode negar obediência   lei, sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.*

3. *Nas decisões que proferir, o julgador terá em considera o todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de garantir, na medida do possível, uma interpreta o e aplica o uniformes do direito.*

Resulta igualmente de o preceito conter matéria que já fazia parte do nosso direito judiciário, incluída desde 1944 no Estatuto Judiciário; resulta finalmente da própria declaração do autor do anteprojecto, que esclarece ter recolhido os preceitos no art. 97 do «velho Código de processo» e no art. 240 do Estatuto Judiciário. Trata-se de doutrina já reconhecida e irrecusável, diz, «mas que nunca seria demais proclamar com todas as letras, para combater ou prevenir certas veleidades de insubmissão à lei e o pendor assaz frequente para o impressionismo fácil da chamada jurisprudência sentimental».

Pretendeu-se portanto repetir com particular ênfase e autoridade uma regra já existente no nosso direito. A importância dessa regra justifica a atenção que mereceu; ela é, na verdade, uma das disposições básicas para o entendimento e explicação da estrutura global do ordenamento jurídico português, e por essa razão vários autores lhe têm consagrado particular atenção e dedicado páginas de análise ou de crítica <sup>(28)</sup>. Mas essa importância da matéria não implica, evidentemente, que a sede natural do problema se deva situar no articulado do Código Civil. E afigura-se-nos que, para incluir nele a substância normativa do art. 8 haveria pelo menos que o estruturar diferentemente, pondo em evidência o carácter de regra de elaboração do direito (as chamadas *leges artis*), e deixando em segundo plano o carácter judiciário de regra de aplicação.

Parece-nos, porém, duvidoso que tal inclusão se justifique.

---

<sup>(28)</sup> Ver especialmente: «Discurso do Ministro da Justiça pronunciado na sessão de abertura dos Tribunais, em 1 de Outubro de 1940», in *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano 1, n. 1; Prof. MANUEL DE ANDRADE: «Sobre a recente evolução do direito privado português», in *Bol. Fac. Dir.*, 22, 288 e ss.; Prof. CABRAL DE MONCADA: «Integração de lacunas e interpretação do Direito», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 7, pp. 159 e ss.; Prof. ADRIANO VAZ SERRA: «Valor prático dos conceitos e a construção jurídica», in *Bol. Min. Just.*, ano 4, pp. 1 ss.; do Autor: *A crise do Direito*, p. 56 ss).

O autor do relatório do dec.-lei 33 547, de 23 de Fevereiro de 1944, escrevia bem avisadamente acerca destas regras:

«Não houve o propósito de tomar posição acerca de todos os problemas que a actividade do juiz, como executor ou criador do direito, pode suscitar, nem semelhante atitude seria razoável. E não o seria porque ainda se não obteve unanimidade, nem sequer um decidido preomínio a respeito destes importantíssimos problemas, aliás pedra angular de toda a actividade do jurista prático. Embora se trate dos problemas capitais da ciência do direito, é neles que se notam as maiores dúvidas, oscilando os espiritos entre as soluções mais opostas. Sendo assim, e porque é útil não impedir, com uma disposição legal, a livre discussão destes problemas, o que poderia comprometer o progresso jurídico, deixa-se a sua solução à doutrina e à jurisprudência, na esperança de que poderão encontrar a que melhor satisfizer os interesses da comunidade, acompanhando a evolução do pensamento jurídico e as necessidades da vida».

Com toda a razão se considerava a matéria como extremamente fluida, submetida a críticas, fermentada por correntes de pensamento em plena expansão. De 1944 para cá, e se bem que no nosso País o problema não tenha merecido muitas atenções, a orientação geral, revelada em numerosíssimos escritores europeus e sul-americanos, é a de reconhecer o carácter construtivo da jurisprudência, e isto tanto nos escritores germânicos, como nos italianos, como ainda nos dos países de *common-law*, que se têm dedicado ao estudo dos ordenamentos continentais. A norma prudente de 1944 ficou já muito para trás das metas atingidas pela doutrina, o que não se pode estranhar, porque a regra é o legislador só implantar os seus marcos na terra que a doutrina já extremou. Mas a cautela de então devia continuar a manter-se, evitando levar ao Código Civil — diploma de vigência duradoura — uma tomada de posição que pode prejudicar a elaboração doutrinal.

### 21. *As leis injustas.*

A questão da aplicação do direito injusto é, fundamentalmente, um problema de doutrina moral acerca do qual o di-

reito positivo não tem sequer de definir uma posição. Os juristas que recentemente se têm ocupado do assunto limitam-se, de modo geral, a sublinhar-lhe a extrema dificuldade (29). Não se compreende, na verdade, que vantagem possa haver em restabelecer doutrina legal sobre uma dificuldade que fica suficientemente acautelada com a afirmação do dever legal de obediência à lei.

Deve reconhecer-se que a redacção do texto do decreto n. 33 548 não implicava uma estatuição legal a tal respeito, visto que apenas dispunha que o juiz não pode deixar de aplicar a lei *sob o pretexto de que ela lhe parece* imoral ou injusta. Essa redacção foi conservada no decreto n. 44 278, de 14 de Abril de 1962, e está portanto em vigor.

Não se afirma, que existam leis injustas, mas apenas se proíbe ao juiz que se substitua ao legislador no enunciado dos princípios éticos e dos juízos de valor que regem o ordenamento. É, pois, por um lado a proibição da jurisprudência sentimental, e é, por outro, a afirmação de um princípio basilar de competência na definição do direito, princípio esse que reserva ao legislador o enunciado dos princípios de valor legais.

Esta redacção aparece, porém, alterada no Projecto. Agora já não se trata de o conteúdo da lei *parecer* injusto ao juiz, mas sim de «*ser injusto ou imoral* o conteúdo do preceito legislativo». A pequena mudança na redacção alterou completamente a significação do preceito, e alterou-a num sentido que repugna à concepção de direito que entre nós domina. Afirma-se, expressamente, a existência de leis injustas ou imorais, e estabelece-se o dogma da «*dura lex, sed lex*», com o conse-

---

(29) Ver, entre outros, W. SAUER: «*Securité juridique et justice*», in *Recueil Lambert*, III, 34 e ss.; P. ROUBIER: *Théorie générale du droit*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1951, p. 225; MACHADO PAUPÉRIO: *Direito político de resistência*, Rio de Janeiro, 1958, 272; Professor MARCELLO CAETANO: «O respeito da legislação e a justiça das leis», in *O Direito*, 81, p. 10 e ss.; Prof. VAZ SERRA: «Discurso na sessão da abertura dos tribunais», in *Bol. Of. do Ministério da Justiça*, 1, 1, p. 1 e ss.

quente convite à aplicação mecânica do texto. As vantagens destas afirmações não se descobrem. A lei é suficientemente rica e extensa para que nela se possa sempre achar a solução justa para o caso concreto, e encontrar essa solução é o verdadeiro dever do juiz, constitue a sua função própria.

A imposição consciente de uma lei de conteúdo objectivamente imoral seria aliás ilegal, porque a moral é reconhecida constitucionalmente como limite de soberania do Estado; por isso mesmo qualquer referência da lei à aplicação de leis imorais ou injustas só pode ser entendida no sentido que lhe dá a redacção do Estatuto Judiciário (imoralidade ou injustiça subjectivos) e não na que se lhe dá no Projecto (imoralidade ou injustiça objectivos).

## 22. *Os juízos de valor legais.*

Tanto o antigo art. 240 do Estatuto Judiciário como o actual artigo 110, que lhe corresponde, consagravam o preceito de que «o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trata de hipóteses não especialmente previstas».

A importância da expressão «juízos de valores legais» foi justamente sublinhada pelos Professores CABRAL DE MONCADA e VAZ SERRA <sup>(80)</sup>, embora o significado da sua inclusão na lei possa não ser, em nossa opinião, o que lhe atribui aquele glorioso Mestre de Coimbra. A tal respeito escrevemos:

«O juiz tem de obedecer à lei; mas este dever de obediência a lei compreende o dever de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trata de hipóteses não especialmente previstas. Julgo que o alcance deste comando não é o de estabelecer um critério de integração das lacunas através dos juízos de valor, mas sim o de que os juízos de valor têm de ser respeitados e comandar a aplicação da lei, tanto nos casos em que a hipótese esteja expressamente contemplada

---

<sup>(80)</sup> *Lições de direito civil*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 218 e ss. e «Discurso na sessão de abertura dos tribunais», *doc. cit.*, p. 7.

como naqueles em que possa não o estar. Mas isto representa que, por detrás dos comandos regras, existe alguma outra realidade que tem de ser tomada em consideração na aplicação do direito. A essa outra realidade se chama, nesta disposição, juízos de valor» (31).

A referência aos juízos de valor legais estaria assim, em nossa opinião, na base de uma teoria geral explicativa da estrutura do ordenamento jurídico, teoria que, na doutrina mais recente, tem assumido grande relevo desenvolvendo-se especialmente no sentido de uma elaboração do conceito de *constituição material*, ou «complexo dos valores que está sob todo o ordenamento jurídico» (32).

Ora esta importante disposição não obteve acolhimento na redacção do Projecto. O expurgo é tão significativo quanto a inclusão o tinha sido, e a doutrina não pode fechar os olhos a este recuo: da lúcida inovação de 1944 exclui-se agora o que ela continha de mais fecundo e que, se há vinte anos podia parecer novidade audaciosa, hoje se encontra reconhecido por todos os autores que se têm ocupado dos problemas dos juízos de valor na interpretação, e do papel do juiz na aplicação da lei.

### 23. *Regresso à pior solução?*

A comparação entre o texto do art. 8 e a disposição do Estatuto Judiciário que lhe serviu de fonte, obriga ainda a mais um breve comentário.

No texto de 1944 impunha-se ao juiz a obrigação de «*ter em consideração todos os casos que merecerem o mesmo tra-*

---

(31) *Crise do direito*, p. 57.

(32) DOMENICO CORRADINI: «Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto», in *Atti del VII Congresso Nazionale di Filosofia del diritto*, II Comunicazioni, Milano, 1966, 875. Sobre o conceito de constituição material, v. C. MORATI: *Istituzioni di diritto pubblico*, 6.ª ed., Padova, 1962, p. 78 ss.

*tamento, a fim de tanto quanto possível se obter uma jurisprudência uniforme».*

Era, manifestamente, uma obrigação de cumprimento impossível, pois que a nenhum espírito humano seria possível tomar em consideração, no momento de decidir, *todos* os casos paralelos ou merecedores de solução idêntica. Essa representação simultânea de toda uma categoria virtual de hipóteses só a cibernética a poderá fornecer.

Era manifestamente um erro de redacção, e esse erro foi reconhecido e emendado. Na redacção de 1962 exige-se o que razoavelmente pode ser exigido: o juiz *«nas suas decisões deve atender ao carácter geral e abstracto da norma legal, concorrendo para a uniformidade da jurisprudência»*. Já se não manda pensar no número ilimitado de condutas possíveis (*todos os casos paralelos*), para se recordar apenas que a lei é geral e abstracta e que portanto não foi feita para um caso determinado, mas para uma classe de casos definida pelos caracteres contidos na norma, o que, evidentemente, obriga a não decidir com base na peculiaridade da hipótese, mas, pelo contrário, com base na sua tipicidade.

Inexplicavelmente, o Projecto desprezou o aperfeiçoamento de 1962 e voltou à infeliz versão de 1944: *«o juiz terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de garantir, na medida do possível, uma interpretação e aplicação uniforme do direito»*.

É possível que o texto tenha sido fixado antes de 1962, e que a correcção introduzida no Estatuto Judiciário tenha passado despercebida nas posteriores revisões. Se assim não foi, se houve realmente o intuito de reprimatar a versão de 1944, pensamos que o legislador, entre duas soluções, preferiu a pior, e não encontramos qualquer justificação para uma tal opção.



CAPÍTULO IX  
INTERPRETAÇÃO DA LEI

*24. Importância doutrinal do artigo.*

O artigo 9 tem em vista condensar, sob a forma de preceito legislativo, uma teoria minuciosa e original sobre a interpretação das leis

É um artigo extenso, formado por quatro números corres-

---

ARTIGO 9

(Interpretação da lei)

1. *A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.*

2. *Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de reflexo verbal, ainda que imperfeitamente expresso.*

3. *Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.*

4. *Os trabalhos preparatórios da lei carecem de autoridade enquanto não forem devidamente publicados.*

pondentes a outras tantas regras hermenêuticas. Ficará talvez a ser a mais longa, complicada e pormenorizada disposição que em qualquer Código Civil se poderá encontrar sobre esta matéria.

Na verdade a tendência largamente predominante, e enraizada numa duradoura e invariável tradição, é a de se deixar o encargo da definição dos métodos à doutrina. Não se reconheceu até hoje qualquer vantagem à imposição de um método de interpretar por via legislativa, e nem sequer existe unanimidade de vistas quanto a reconhecer verdadeira natureza jurídica aos preceitos desta espécie. Durante algum tempo prevaleceu a corrente que abertamente lhes negava carácter preceptivo; era essa a posição de SCIALOJA, DEGNI, RUGGIERO <sup>(83)</sup>. Ainda em trabalhos recentes, autores como ENGISCH, GALLONI, FRANCHINA formulam as maiores reservas à imperatividade das regras legais de interpretação, considerando-as simples directrizes gerais, e portanto de valor semelhante ao dos cânones que a doutrina elabora <sup>(84)</sup>. Depois dos trabalhos de CARNELUTTI, <sup>(85)</sup> que via na norma interpretativa uma disposição complementar que se incluía na norma interpretada, e de BETTI <sup>(86)</sup>, autor que impressionou muito profundamente todos

---

<sup>(83)</sup> Respectivamente em: «Sulla teoria della interpretazione della leggi», in *Studi per Schupfer*, III, 4; *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909, p. 161; *Instituições de direito civil*, trad. port., Lisboa 1934, p. 137. O ponto de vista destes escritores é o de que as normas sobre interpretação também têm de ser interpretadas, tendo essa interpretação de se fazer à luz dos cânones hermenêuticos que a doutrina fornece pois seria absurdo que tais regras, antes de esclarecido o seu sentido, se applicassem a elas próprias. Deste modo, a simples existência delas postularia o recurso aos critérios gerais de interpretação.

<sup>(84)</sup> Respectivamente: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. port., Lisboa, 1965, p. 147; *L'interpretazione della legge*, Milano 1955 p. 64; *Il processo di formazione e l'interpretazione del diritto*, Génova, 1956. No mesmo sentido, SACCO: *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947 p. 18.

<sup>(85)</sup> *Lezioni di processo civile*, p. 168.

<sup>(86)</sup> *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 142 ss.

os estudos posteriores sobre a interpretação jurídica, e que incluía estas normas entre as normas de segundo grau, género em que também se incluem as regras de conflitos e as que estabelecem as condições de vigência da lei no espaço e no tempo, parece predominar a orientação que atribui carácter preceptivo às discutidas normas. Aludimos apenas ao assunto sem o aprofundar, porque nos parece seguro que o problema só poderá existir dentro de uma concepção analítica e positivista do ordenamento; dentro de uma concepção globalística e realista o carácter preceptivo de tais regras não levanta qualquer dificuldade, e apenas se poderá discutir em que estrato normativo estes comandos se inserem.

Pretendemos, porém, chamar a atenção para o facto de não existirem, nos Códigos Civis dos outros países europeus, disposições semelhantes à do artigo 9 do Projecto. Por toda a parte se vê que, quando o legislador se refere aos métodos da interpretação, o faz de um modo muito genérico, sem impor opções doutrinárias. O Código Civil italiano foi um pouco mais longe <sup>(87)</sup> mas não fez escola: J. ESSER refere-se-lhe chamando-lhe uma «bem intencionada, mas disparatada receita» <sup>(88)</sup>. O novo Código Civil português afastar-se-á assim das recomendações da doutrina, da orientação geral das legislações e da própria tradição definida pelas nossas leis anteriores. Esta singularidade talvez devesse ser, só por si, motivo para condenar a solução proposta; mas, também é certo que constitui

---

<sup>(87)</sup> O artigo 12 das *Disposições sobre as leis em geral* que precedem o Código Civil italiano tem a seguinte redacção: «Na aplicação da lei não pode atribuir-se-lhe outro sentido senão aquele evidenciado pela significação própria das palavras, segundo a sua conexão, e pela intenção do legislador. Se um litígio não puder ser decidido por uma disposição expressa, tornar-se-ão em conta as disposições que regulam os casos semelhantes e as matérias análogas; se o caso ficar ainda duvidoso, decidir-se-á de acordo com os princípios gerais da ordem jurídica do Estado».

<sup>(88)</sup> *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1941, n. 114, p. 151.

razão suficiente para uma meditação demorada do problema.

Por outro lado não deveria esquecer-se que as regras do art. 9, embora formuladas para o direito civil, ficarão a constituir um regulamento da interpretação que irá repercutir sobre todo o nosso ordenamento jurídico, constituindo como que uma disciplina obrigatória da aplicação e interpretação do direito. É mais uma razão para que, sem todavia sairmos do plano de apontamento sumário que é próprio de uma apressada apostilha, dediquemos redobrada atenção a esta matéria que, desde já o diremos, se nos afigura a mais infeliz de quantas inovações o Projecto nos traz.

## 25. A justificação do texto.

Na *Exposição de motivos* publicada no n. 102 do *Boletim do Ministério da Justiça* justifica-se o texto pela forma seguinte:

«No art. 9 não se pretendeu marcar uma attitude inteiramente definida quanto ao método de interpretação a seguir, até mesmo para deixar campo livre para a actividade da doutrina, *em problema de tanta complexidade e transcendência* que perigoso seria tentar solucioná-lo duma vez para sempre. Só se pensou em firmar aqui umas tantas posições que pareceram bastante seguras, deixando ainda vago um espaço considerável, para a livre investigação dos doutos. Não se quis tomar partido em toda a linha no velho pleito entre os objectivistas e os subjectivistas. Apenas se teve o propósito de combater, deixando aqui bem marcada a antipatia que inspiram ao legislador certos excessos de uma e de outra corrente. Assim, por um lado, condenou-se aquele subjectivismo que vai ao ponto de prescindir totalmente da letra da lei, ou de admitir (como HECK) que se produza em juízo prova testemunhal (ou semelhante) sobre qual tenha sido o pensamento do legislador (II e IV). Por outro lado, tomou-se posição contra o objectivismo actualista».

El explica a falta de mais longa explanação pela circunstância de «alguns dos pontos já incluídos já terem sido versados com certa largueza pelo signatário, além de que não lhe faltará oportunidade de voltar ao assunto, se for mister».

Sublinhamos no texto transcrito os três passos que sobre os quais faremos em seguida alguns comentários, por nos parecerem particularmente reveladores:

- «Apenas se teve o propósito de combater»
- «Problema de tanta complexidade e transcendência.»
- «Tomar partido no velho pleito».

26. «O propósito de combater».

A passagem em que o Prof. MANUEL DE ANDRADE, autor do texto acima transcrito, afirma que, na redacção do texto do art. 9, o animou um propósito combativo, deve ser aproximada de uma outra afirmação do mesmo Autor, publicada em 1946 e referida ao art. 240 do Estatuto Judiciário (correspondente ao art. 110 do actual):

«Subsiste designadamente a consabida alternativa: pensamento do legislador ou pensamento da lei? Nada se nos prescreve a tal respeito. Esta neutralidade em face do debate entre a interpretação subjectivista e a interpretação objectivista, obedeceu por parte do Estatuto Judiciário a um propósito deliberado de deixar o tema à ciência, para não impedir o progresso jurídico. Mas a atitude desse recentíssimo legislador foi talvez mais de não-beligerância que de verdadeira neutralidade» (29).

Estes conceitos — combater, não-beligerância, neutralidade — são evidentemente alegorias literárias; mas chamamos a atenção para eles porque nos ajudam a compreender o verdadeiro carácter do texto que o Projecto contém: um *texto polémico*.

E isto torna-se bem compreensível quando pensamos que o assunto preocupou durante toda a vida o ilustre Professor. Tal foi o tema da sua tese — cujo título é *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, mas que com toda a propriedade se denominaria «Ensaio sobre o objectivismo e o subjec-

(29) *Bol. Fac. Dir.*, 21, p. 289.

tivismo na interpretação da lei», visto que, dos numerosos temas em que se desdobra a teoria da interpretação, aquele é o único ali versado, o que só salientamos para evidenciar até que ponto o Prof. MANUEL DE ANDRADE considera o problema importante. O *Ensaio* está, aliás, todo animado de vivo calor de combate, e de cada página se desprende o fulgor convincente que caracteriza a prosa polémica. Era na verdade uma disputa académica, que há trinta anos estava em curso nas nossas Universidades: em sentido divergente ensinavam então em Coimbra o Prof. CABRAL DE MONCADA, cujo pensamento sobre o problema da interpretação aparece definitivamente formulado nas *Lições de direito civil*, correspondentes aos cursos professados de 1931 a 1933, e que constituem uma das obras mais valiosas da bibliografia jurídica portuguesa; e em Lisboa o Prof. JAIME DE GOUVEIA, que em 1934-5 regeu, no 5.º ano jurídico, um curso que designou *Estudo sobre a interpretação das leis e a técnica do direito*, que ainda hoje oferece manifesto interesse.

### 27. «Problema de tanta complexidade e transcendência»

O assunto parece nunca ter deixado de ocupar o espírito exigente e honesto do Professor MANUEL DE ANDRADE, que ansiosamente lhe buscou solução e que nunca se satisfaz com as respostas que para ele encontrou.

De facto, em 1933, no *Ensaio*, ao dar balanço aos argumentos produzidos por cada um dos partidos formados, chegava à conclusão de que «qualquer dos métodos é perfeitamente possível, visto faltar uma razão, tirada de um princípio da organização do Estado ou de qualquer outro princípio do direito, que, com força de um comando legal ou de uma necessidade jurídica, inevitavelmente imponha um de tais métodos e proscruva o outro, deste modo nos resolvendo o problema em debate» (40). Na falta de razões jurídicas para decidir, lan-

---

(40) *Ensaio cit.*, 2.ª ed., p. 50.

cava-se depois na busca de razões que denominava filosófico-políticas, as quais o levaram a fazer acto de adesão ao método do actualismo objectivista <sup>(41)</sup>. Mas já então, nas desencorajantes palavras com que encerra o livro, confessava que os resultados da laboriosa pesquisa nem a ele próprio o satisfiziam:

«As posições aqui tomadas [...] não representam de modo nenhum convicções radicadas, assentes, inabaláveis, mas tão sòmente *inclinações* ou *tendências*, algumas delas bastante vagas. Isto se pode dizer, muito em especial, da orientação adoptada quanto ao problema de qual seja, dentre os vários métodos de interpretação, aquele que melhor corresponde aos interesses da vida —, assunto este onde, aliás, é realmente de suma dificuldade chegar-se, em pleno conhecimento de causa e verdadeiro escrupulo científico no decidir, a pontos de vista de uma grande precisão e firmeza» <sup>(42)</sup>.

Decorridos dez anos, essas dúvidas tinham-se adensado, e a antiga inclinação ou tendência para o objectivismo sentia-se vacilar:

«Qual a directriz que prevalece na ciência portuguesa e na prática dos tribunais? Em geral, não se tem clara e plena consciência do problema. Deve reconhecer-se todavia que, embora como tendência algum tanto confusa, parece preponderar na Escola, e até querer extravasar-se para a prática, a doutrina objectivista. A tal ponto que já me tem acontecido a mim, que em tempos tomei posição pelo objectivismo actualista — embora deitando muita água no vinho e tendo hoje em dia certa inclinação para cantar a palinódia — ver defendidas interpretações em que me parece notar objectivismo a mais» <sup>(43)</sup>.

Em 1948 a hesitação acentua-se, e escreve:

«A tentação perdura. Tenho na realidade pouco apego ao principio actualista; nem é dos mais ardentes o meu zêlo pelo próprio objecti-

---

<sup>(41)</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>(42)</sup> *Ibidem*, pp. 105-106.

<sup>(43)</sup> *Bol. Fac. Dir.*, 21, 290.

vismo lá professado [no *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*], e que aliás desde logo foi composto por ingredientes que já bastante limavam as arestas, não muito o distanciando, praticamente, de um subjectivismo entendido com certa largueza. Será portanto bem possível que venha a cair, pelo menos, num objectivismo inactualista — num objectivismo que 'volte os olhos para o momento da publicação da lei e não para o instante mutável da sua aplicação» (\*).

Como desta transcrição se depreende, a grande preocupação que ainda então dominava o seu espírito era a da necessi-

---

(\*) *Rev. Leg. Jur.*, 80, p. 293. A expressão *objectivismo inactualista* pode causar certa surpresa; supomos que o illustre Professor chegou a essa denominação conduzido pela preocupação de que o texto legal, envelhecendo, se torna *inactual*; a aplicação da lei far-se-ia com base na ideia da correcção dessa desactualização. Em nota, ao artigo de 1948 escreve:

«Abala-me principalmente a ideia de que o mal da inadaptação das leis às renovadas exigências dos tempos poderá também sanar-se por outra via — e acaso mais completamente. Quero com isto aludir sobretudo à chamada *interpretação correctiva* (investigação modificativa do direito — *abändernde Rechtsfindung* — na terminologia de ENNECERUS-NIPPERDEY, no *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, de ENNECERUS, KIPP & WOLF, I, § 54). Furda-se ela em que a obediência a prestar pelo subordinado às ordens do chefe deve ser uma obediência inteligente, compenetrada das finalidades ou interesses que este pretendeu realizar. Daí que ele possa e deva desobedecer ao conteúdo de uma ordem, para salvaguarda do escopo visado. Isto mesmo entre militares e em tempo de guerra, quando a disciplina é mais estrita e rigorosa. O oficial de artilharia a quem o chefe mandou bombardear certa posição que julgou ocupada pelo inimigo, deve abster-se de executar a ordem, se verifica já ter o inimigo abandonado a posição ou sido expulso dela. Nesta conformidade, também na interpretação das leis, quando uma norma abrange casos, ou produz consequências que o legislador não previu ou apreciou e que, razoavelmente, o levariam a estatuir de outra maneira, deve ela ser posta de parte, nessa medida provendo-se como o teria feito o próprio legislador, de acordo com a sua ideia fundamental e com as necessidades da vida e os ensinamentos da experiência. Salvo se as exigências da certeza jurídica (o interesse da estabilidade, bem diferente do interesse na justiça ou acerto das soluções) resolutamente forem contra isso».



dade da actualização da lei. Assim foi aliás sempre, sem embargo do «pouco apego» ao actualismo de que nos fala.

Nas *Noções elementares de processo civil*, publicadas em 1956, volta a ocupar-se da questão, e delinea o esboço de uma doutrina em que o centro é ocupado pelo conceito de *legislador suposto*, que quis o que no momento da aplicação da lei se entende que devia ter querido, e, como tal, passado e presente; mas o seu espírito continuava a oscilar entre os polos do objectivismo e daquilo a que chamava subjectivismo, alternativa que ainda então lhe parecia o centro da questão dos métodos (45).

*Cantar a palinódia* é expressão clássica de conhecido sentido. É a retratação arrependida, o acto de apostasia da fé que se afirmou, mas na qual se deixou de acreditar. Esta sinceridade é mais um motivo para admirar o Professor MANUEL DE ANDRADE, que assim se mostrava superior ao defeito tão corrente do orgulho que prefere a permanência no erro à lealdade da confissão e que justifica com defeitos dos outros as próprias faltas cometidas. Mas, e ao mesmo tempo, compreende-se mal que nesta paisagem em que só se descobrem hesitações, brumas e intuições vacilantes, tenha permanecido tão vivaz o desejo de «combater» e se tenha julgado prudente envolver o Código num combate em que afinal nem sequer se estava muito seguro acerca de qual fosse a causa justa e verdadeira.

## 28. «Tomar partido num velho pleito».

O termo «velho» tem muitas acepções. E não foi sem propriedade que o autor do *Ensaio sobre a teoria da interpretação* o utilizou. Era já então pleito antigo. Num livro pu-

---

(45) Ainda nessa fase final do seu pensamento, MANUEL DE ANDRADE afirmava não querer «rotundamente tomar partido quanto ao ponto central do problema (onde se trata de decidir entre a posição objectivista e subjectivista)».

blicado em 1885, WACH tinha com toda a nitidez exposto o ponto de vista objectivo, é afirmado que as teorias segundo as quais a interpretação é a descoberta do pensamento do legislador, no fundo o que fazem é imputar ao legislador as opiniões de cada intérprete.

IHERING, BINDING, KOHLER, GÉNY — são nomes do século passado ligados à história do objectivismo. Depois dos trabalhos fundamentais deste último, a teoria da *mens legislatoris* ficou limitada a raros defensores, que talvez se sentissem menos presos por uma tese do que por uma tradição — a tradição de que *ejus est interpretare cujus est condere*; na verdade, como observa ESSER, «o método histórico da interpretação era uma relíquia do absolutismo, pois a fidelidade ao texto não é senão uma continuação da fidelidade ao princípio» (46). A progressiva afirmação do objectivismo operava-se em transparente paralelismo com o emergir do princípio constitucional e democrático; sob o Nacional-Socialismo houve por isso, na Alemanha, e neste aspecto, um certo regresso, visto o «princípio do chefe» (*Führerprinzip*) parecer legitimar um método subjectivista de interpretação (47).

É portanto, repetimos, com toda a razão que a sabatina entre objectivistas e subjectivistas se classifica, na justificação do articulado preliminar, como um velho pleito. Talvez mesmo se pudesse ter dito que ela era um *feito findo*, apesar de uma argumentação já abandonada ter vindo, na década de 30, dar-lhe a aparência de um rejuvenescimento, só possível aliás num condicionalismo político que também já hoje pertence à História.

Entretanto as ideias mudaram completamente, e a fisionomia geral do problema da interpretação da lei é inteiramente diferente da que oferecia há trinta anos. Examinare-

---

(46) JOSEF ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. cast., Barcelona, 1961, p. 126.

(47) KARL ENGISCH: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. port., Lisboa, 1965, p. 149 e ss.

mos, a seguir, a colocação clássica e a colocação contemporânea do referido problema.

### 29. *Colocação clássica do problema.*

Um primeiro ponto que convém esclarecer é o de que o eixo ideológico *vontade do legislador/vontade da lei* ou *subjectivismo/objectivismo*, é muito importante, mas não é suficiente para a definição do plano da discussão clássica dos métodos. Foi efectivamente essa a interrogação que primeiro se formulou. Mas logo se levantou uma outra, alternativa, intimamente relacionada mas não coincidente com ela: a que se punha entre a Lei e a Vida, entre o passado e o presente. Em 1904 o juiz BALLOT-BEAUPRÉ afirmou, num discurso:

«O juiz não deve preocupar-se com procurar, obstinadamente, qual terá sido, há cem anos, o pensamento dos autores do Código ao redigir este ou aquele artigo, mas perguntar-se qual ele seria se esse mesmo artigo fosse, hoje, redigido por si». (48)

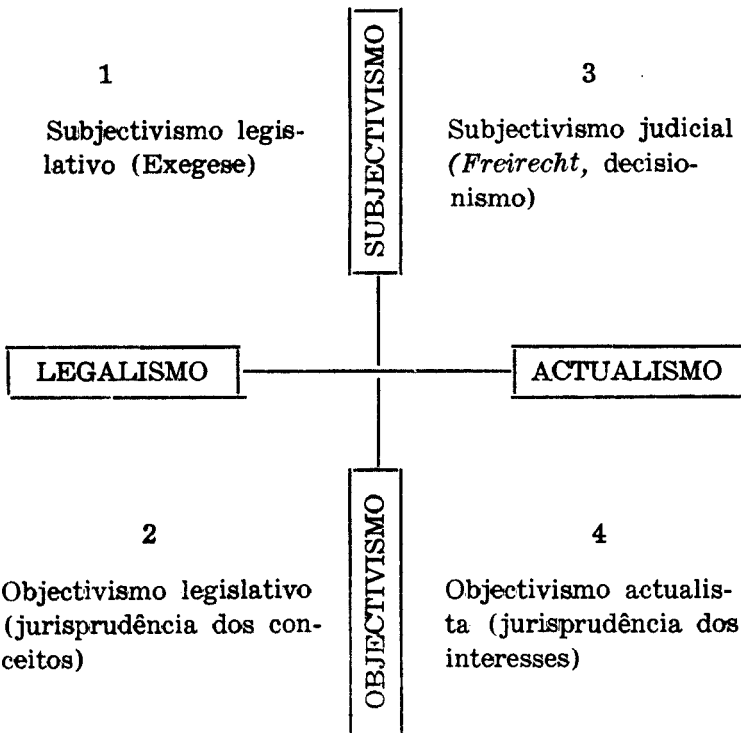
O problema foi, depois disso, constantemente levantado, e perguntou-se mil vezes se há-de ser a fluidez da vida que deve obedecer à rigidez das leis, ou se pelo contrário o sentido das leis há-de evoluir de acordo com o movimento da vida. Ao lado do pleito entre objectivismo e subjectivismo nascia assim um outro, o que opunha o legalismo ao actualismo.

As questões eram conexas, mas distintas. Basta pensar que o objectivista podia ser legalista (era-o a jurisprudência dos conceitos) ou actualista (jurisprudência dos interesses). O subjectivista podia igualmente atender à lei (era o caso da exegese) ou à vida (tais eram as correntes do direito livre, a que também se chamou voluntarismo jurídico e decisionismo).

---

(48) Citado por DU PASQUIER: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2.<sup>a</sup> ed., Neuchâtel, 1942, p. 108.

Estes dois eixos de noções constituem, a meu ver, as coordenadas ideológicas do problema clássico da interpretação da lei. São como que a longitude e a latitude por referência às quais todas as numerosíssimas doutrinas surgidas no século passado e nas duas primeiras décadas do actual podem ser situadas:



*Os algarismos indicam a ordem histórica do aparecimento de cada uma das posições.*

Este esquema exigiria algumas determinações complementares, que omitimos, porque o nosso intuito não é o de fazer a exposição dos métodos, mas apenas o de salientar a confi-

guração geral do problema interpretativo há cerca de meio século.

O sentido geral da evolução das ideias é o da passagem das atitudes subjectivistas para as atitudes objectivistas, sentido que se verifica qualquer que seja a posição assumida em face da alternativa texto-actualidade. Observando a ordem histórica do aparecimento das quatro doutrinas, pode ver-se que o método que postula a subordinação da vida à lei assumiu as modalidades sucessivas da obediência à *mens legislatoris* e da obediência à *mens legis*; o método que propõe a adaptação da lei à variação existencial assumiu as modalidades sucessivas da *mens judicis* e da valoração objectiva dos interesses.

E vemos igualmente que, quando continuamos hoje a classificar como «modernas» certas correntes como por exemplo o movimento da *Freirecht*, esquecemos que o tempo passa depressa. Foi em 1906, data da publicação do famoso livro de KANTOROWICZ<sup>(49)</sup>, que a teoria do Direito livre se afirma abertamente. E na 2.<sup>a</sup> edição do *Méthode d'interprétation et sources*, de GÉNY, que é de 1914, já figuram as várias modalidades do pensamento interpretativo que integram aquele movimento ou com ele se correlacionam.

Todas essas correntes se devem pois hoje agrupar sob a

---

(49) O livro de KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, foi publicado com o pseudónimo simbólico de GNAEUS FLAVIUS, o edil curul que, em 304 a. C., divulgou as fórmulas do antigo direito e colocou ao alcance de todos o que até então era segredo dos pontífices. A obra de K. constitui na verdade «uma tentativa para desmistificar o procedimento a que, tradicionalmente, se chama construção jurídica». (G. LAZZARO: *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 93); por tal motivo a data da sua publicação costuma ser utilizada para marcar a eclosão das correntes do direito livre. Na realidade as ideias básicas da nova escola interpretativa podem surpreender-se num estudo de KOHLER que data de 1886, e na obra de GÉNY, cuja 1.<sup>a</sup> ed. é de 1899.

primeiros escritos de PHILIP HECK sobre a jurisprudência dos interesses são de 1905, mas esta doutrina só encontrou eco depois da publicação do livro *Gesetzesanslegung und Interessenprudenz*, em 1914.

epígrafe geral de visão clássica do problema da interpretação da lei.

30. *Hoc e illud; nunc e tunc.*

O carácter antinómico dos pares de conceitos em torno dos quais se estabelecia a contenda dos métodos, e a consequente impossibilidade de chegar a uma conclusão, não demorou muito a evidenciar-se.

Não podia, efectivamente, contestar-se que toda a regra de direito positivo nasce referida a uma certa realidade, que está representada no espírito do legislador, quer porque já existe e ele a conhece, quer porque, embora não existindo, ele a prevê. É para essa, e não para qualquer outra realidade, que a regra foi feita (*feita sob o ponto de vista psicológico*). O autor da lei ponderou-lhe os termos e mediu-lhe o alcance por referência ao conjunto de situações que cabia na sua possibilidade humana de conhecimento e previsão. Neste sentido, pode dizer-se que toda a lei, no momento em que nasce, é *ad hoc*, isto é, pensada para o efeito de regular um domínio determinado de situações.

Mas também não era possível negar que a vigência confere à regra de direito uma função de comando efectivo, que não depende das condições psicológicas quer do destinatário quer do legislador; o princípio do «*nemo jus ignorare censetur*», entendido no sentido de dogma que estabelece a independência da imperatividade em relação à atitude psicológica, costuma referir-se aos destinatários das normas, mas por paridade de razão pode referir-se aos autores delas. O que o princípio exprime é que a vigência é independente do horizonte psicológico. A regra foi concebida para um real presente ou para um devir previsto, mas como comanda tem de vigorar sobre o real futuro e portanto sobre o devir previsto ou imprevisto.

Pode portanto dizer-se que toda a lei nasce *ad hoc*, mas vigora *ad illud*; isto faz parte da sua natureza intrínseca, e

constitui uma das noções que conotam a ideia admitida de que a regra jurídica é por natureza geral e abstracta.

Por outro lado (e isto é doutrina conhecida) toda a norma pode ser interpretada a partir de duas perspectivas: ou considerada no momento histórico da sua criação, ou no momento funcional em que tem de aplicar-se. É, no primeiro caso, a *interpretatio ex tunc*, no segundo a *interpretatio ex nunc*, nascida *in usum fori*.

Parece evidente que no procedimento *ex tunc*, raciocinando-se da regra para o caso (isto é, considerando a regra como ontologicamente anterior ao caso), não pode deixar de se reconhecer a verdade do subjectivismo. Regressamos ao *hoc*, suposta matriz do *illud*; trata-se de saber qual é o sentido que presidiu à formulação, e isto conduz directamente à indagação da vontade do legislador. As várias modalidades da ideia de legislador (legislador «psicológico», ou «razoável», ou «projectado no presente»), são apenas graus, aliás progressivamente condescendentes e desvirtuadores, do subjectivismo.

Pelo contrário, no procedimento *ex nunc*, o intérprete situa-se fora do *hoc*, dentro do *illud*. Raciocina-se do caso para a regra, e o problema interpretativo levantou-se precisamente porque o *hoc* e o *illud* não coincidiam, ou porque a demonstração da coincidência se tornava necessária. A vontade do legislador não pode ser invocada para explicar aquilo que, por definição, não estava dentro dessa vontade. Há assim que procurar desentranhar da declaração um sentido objectivo, pelo qual se determine se o *illud* fica ou não dentro do domínio de aplicação da regra enunciada para o *hoc* <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Tem interesse, a este respeito, que detenhamos um momento a nossa atenção sobre o pensamento do grande filósofo norte-americano JOHN DEWEY, que exprime a atitude carencial do jurista anglo-saxónico:

«A lógica dedutiva deve ser abandonada como instrumento principal e decisivo para chegar à sentença judicial, e deve ser substituída por uma lógica diferente, por um tipo de lógica que, em vez de partir dos

Isto nos revela a antinomia irreductível do objectivismo e do subjectivismo, do legalismo e do actualismo. Só devemos acrescentar que o relevo progressivo desta última posição, relacionada com a interpretação *ex nunc* e o *usum fori*, se liga estreitamente ao relevo que, no Estado moderno, assumem os tribunais. Não é por acaso que alguns dos mais expressivos nomes do actualismo sejam os de juizes, não os de professores. Raciocinar a partir da vida para a lei conduz inevitavelmente ao actualismo, e os tribunais ficam mais perto da vida que as universidades. Seria excessivo falar numa des-catedratização do direito. Mas deve prestar-se atenção ao facto de, nesta matéria e em algumas outras, serem já visíveis os progressos que o direito *in usum fori* vai lentamente fazendo em relação ao direito *ex cathedra*. É uma dissociação pela qual ninguém tem razão para se felicitar, porque o prejuízo que para a teoria advém da falta da lição da prática, é preci-

---

antecedentes, tenha o seu centro de gravidade na consideração das consequências. Esta nova lógica pertinente para o Direito seria mais uma lógica de previsão de probabilidades do que de dedução de certezas. O propósito desta lógica consistiria em averiguar os efeitos prováveis. Os princípios gerais podem ser utilizados com o fim de inquirir quais as consequências prováveis, mas apenas na medida em que se mostrem instrumentos úteis para esse fim. Ora, e da mesma maneira que os outros instrumentos, os princípios gerais devem ser modificados quando se aplicam a novas situações ou quando se pretende obter novos resultados. É precisamente em face destes problemas que se tornam manifestas as calamidades que a doutrina tradicional acarreta, ao sustentar que as regras antecedentes devem ter um carácter imutável e necessariamente rígido. Essa doutrina tradicional santifica o vetusto; e, quando transportada para a prática, essa doutrina tradicional provoca um sentimento de hostilidade em relação ao Direito. As regras e princípios jurídicos gerais devem ser considerados apenas como hipóteses de trabalho; e estas hipóteses, enquanto tais, necessitam de ser constantemente verificadas do ponto de vista dos efeitos que produzem ao ser aplicadas às situações concretas.» (Cit. in LUIS RECASENS SICHES: *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 638, 2.ª ed., México, 1961).



samente tão grave como aquele que a prática tem a sofrer quando fecha os olhos à lição da teoria.

Compreende-se agora que a contenda clássica dos métodos correspondia no fundo a uma tentativa de conciliação entre termos antinómicos. O que se buscava era a forma de fazer coincidir o *hoc* e o *illud*, o previsto e o não previsto; o *tunc* e o *nunc*, o momento histórico da previsão com o instante da aplicação da norma à vida. Daí uma longa série de ficções inteiramente desligadas da realidade, como a do *legislador razoável* (reconhecimento de que o legislador não previu, mas reconstituição do que ele razoavelmente teria disposto, se houvesse previsto), ou a do *juiz legislador* (suposição de que o juiz se encontrava na posição do legislador, ligado por todos os valores entre os quais ele se movia, para que nessa posição conjectural elabore a norma para a hipótese omissa): no primeiro caso tenta cobrir-se o *tunc* com o *nunc*; no segundo usa-se o artifício precisamente inverso.

O infundado destas e das numerosas outras construções propostas (pode dizer-se que cada autor que se ocupou da matéria sugeriu uma solução nova, o que só prova que sentia todas as anteriores como insatisfatórias) salta aos olhos, porque o que estava errado era a própria implantação do problema. Se bem repararmos, o que se fazia era começar por admitir sem crítica pares de conceitos antinómicos, para em seguida tentar harmonizá-los através de um jogo de concessões e transigências. Era a conciliação do inconciliável o que se procurava, e isso explica que os investigadores mais probos tivessem de confessar a inutilidade dos seus esforços e o seu desânimo. Era, como vimos, a posição do Prof. ANDRADE ao fechar o seu *Ensaio*; era igualmente a desalentada conclusão de FRITZ SCHREER, ao reconhecer em 1929, após uma longa análise de todos os métodos propostos, que nenhum elemento ou razão justificativa se lhe havia deparado que permitisse optar por algum deles <sup>(51)</sup>. E muito afim é a posição de

---

<sup>(51)</sup> FRITZ SCHRIER: *Die Lehre von der Rechtsinterpretation*, 1929, cit. in LUIS RECASENS: *Filosofia del derecho*, México, 1961, p. 630.

KELSEN, ao afirmar que todos os métodos são ideologias, e que as opções não procedem do direito, mas da política (52). A discussão clássica levava assim a um verdadeiro beco sem saída e tinha o valor de uma demonstração por via de redução ao absurdo, porque uma intuição inalienável impede o jurista de aceitar que a essência da interpretação, em que pressente o tutano do jurídico, não seja matéria do seu foro, fruto próprio da sua gleba cultural. A refutação da tese Kelseniana é na verdade o ponto de partida de algumas das investigações posteriores. A doutrina não aceitava o sinal de direcção proibida, e procurava outros parâmetros para base do seu esforço construtivo.

### 31. Colocação actual do problema.

As novas orientações assumidas pelas investigações hermenêuticas estão relacionadas com o declínio da concepção positivista que raciocinava a partir das normas para o direito. O problema da interpretação era o problema da análise da norma jurídica, átomo da matéria que o direito constituía. Desde que se raciocine a partir do direito para a norma, as perspectivas do problema não podem deixar de se alterar profundamente, e uma das transformações é a de que o lugar outrora ocupado pela *mens legislatoris* passa agora a pertencer aos *juízos de valor*, noção da maior importância nos desenvolvimentos modernos da hermenêutica jurídica (53).

Os novos pontos de vista inspiram já fortemente muitos aspectos da obra de SCIALOJA e aparecem claramente afirmados em ASCOLI e em ASCARELLI. Mas o novo pensamento só se pode considerar dominante a partir do fim da 2.ª Guerra

---

(52) HANS KELSEN: *Théorie pure du droit*, trad. franc. da 2.ª ed., Paris, 1962, p. 453 e ss.

(53) Cf. FRANCIS DEAK: «Le rôle du cas dans la Common Law et en Droit Civil», in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, I, Paris, 1938, p. 467 e ss.

Mundial. O tema da interpretação assume então relevo especial, e passa a constituir a questão-chave para o entendimento de toda a realidade jurídica. Em Itália é estudado por dezenas de autores, entre outros por N. BOBBIO, E. BETTI, CARNELUTTI, CAPOGRASSI, ROTONDI, G. LUMIA, M. S. GIANNINI, CESARINI-SFORZA, A. BERTINI, F. CICALA, L. CAIANI, R. DE STEFFANO, G. FRANCHINA, G. MARZANO, A. GIULIANI, P. GASPARRI, D. PASSINI, G. LAZZARO, G. GALONI, V. PALÀZZOLO, D. RUBINO, A. PIAZZESE, G. LASERRA, P. DE FRANCISCI, G. LEONE, P. PIOVANI. Nos países de língua espanhola a teoria egológica nasce precisamente da nova intuição sobre a natureza do labor interpretativo, e sobre ela se fixa o pensamento de CARLOS COSSIO, HENRIQUE AFTALION, LOIS ESTÉVEZ. Outros nomes a referir são os de RECASENS-SICHES, LEGAZ Y LACAMBRA, GARIA MÁINEZ, J. CÁSTÁN, MÁRTINEZ DORAL, SEBASTIAN SOLER. No Brasil a teoria tridimensional, de MIGUEL REALE, explora o mesmo filão, e merecem referência os estudos de MARIO FRANZEN DE LIMA, ALOÍSIO MARIA TEIXEIRA, ALÍPIO SILVEIRA, CARLOS CAMPOS. Conhecemos menos extensamente a bibliografia germânica posterior à última guerra, mas a leitura dos trabalhos de JOSEPH ESSER, K. LARENZ e K. ENGISCH revela que também na Alemanha foi profunda a renovação das ideias no domínio da hermenêutica. E esta sumária lista de autores, feita em presença de trabalhos reunidos sem outro critério que não seja o dos ensejos ocasionais da livraria, poderia ser certamente muito ampliada depois de uma investigação sistemática (54).

No conjunto do pensamento destes escritores, que naturalmente se repartem entre orientações metodológicas muito

---

(54) Uma bibliografia bastante completa sobre a interpretação da lei pode ler-se no *Novissimo Digesto Italiano*, voc. «Interpretazione»; a mais moderna colectânea de pontos de vista é a constituída pelas Actas do VII Congresso Nacional de Filosofia do Direito — *Diritto e Potere; il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto*, Milano, 1966.

divergentes, se alguma carecterística geral e comum se pode surpreender é um esforço no sentido de libertar o problema interpretativo das antinomias da concepção clássica. O objectivo — declarado em muitos casos, implícito em outros — é o da integração do direito pela vida, da eliminação das distinções entre texto e vontade.

Há uma tendência geral para contestar o valor das antigas distinções que constituíam o quadro formal do problema, tais como as que se estabeleciam entre interpretação e aplicação da lei, entre história e actualidade, entre interpretação e integração de lacunas, entre interpretação extensiva e aplicação analógica, entre vontade da lei e vontade do legislador, mesmo entre legislador e juiz. As próprias noções de lei e vida aparecem unificadas: veja-se, por exemplo, esta síntese de CAPOGRASSI:

«Interpretar significa aproximar a norma da vida, tornar a norma assimilável pela vida: a vida surge logo no mover-se inicial e característico do processo interpretativo, e é afirmada como o objectivo da norma: se a norma deve ser trazida para entre os fins da vida, tornada assimilável pela vida, ela deve ser incluída nos próprios fins do direito, transferida para o seu plano. Isto significa que a norma deve reentrar no sistema destes fins pelos quais a vida do direito constitui um mundo unitário, o mundo do direito. Todo o trabalho da interpretação é esta afirmação de unidade» (55).

A «necessidade de superar a tradicional perspectiva metodológica, analítica e monista, para apreender a unidade, totalidade e complexidade da ciência jurídica» (56) constitui a preocupação dominante de todo este vasto movimento de revisão doutrinal. A norma é passado e presente: «expressão de uma experiência histórica já consumada, a experiência jurí-

---

(55) *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 114.

(56) DINO PASINI: *Vita e forma nella realtà del diritto*, Milano, 1964, p. 133.

dica transforma-se em experiência a realizar» (57). A função do intérprete é precisamente a de «estabelecer uma ponte entre o passado (facto já juridicamente qualificado e valorado) o presente (facto particular a valorar e qualificar juridicamente) e o futuro (consequência e desenvolvimento jurídico desta qualificação e valorização) (58). Norma e facto soldam-se na mesma realidade normativa: a norma jurídica «é norma de acção, sempre em vista de um operar; não existe pois, a rigor, um contraste entre norma jurídica e facto económico dado, como dados contrapostos, nem mesmo um problema de directa adequação da norma ao facto. O problema é, pelo contrário, o da relação entre uma norma historicamente estabelecida, e a valoração e volição actuais, e por isso entre a norma e a sua aplicação, entre norma vigente e regra observada» (59). No centro do problema surgem-nos conceitos de que, até então, mal se falara: o da «experiência jurídica» (COSSIO), o de «vigência essencial», o de «objectivação progressiva», noções todas inspiradas na função dinâmica da lei, não na sua objectivação histórica. A interpretação é precisamente o «momento constitutivo e constante da experiência jurídica porque é ele que permite o movimento das conexões, a circulação da vontade do ordenamento» (60).

Por isso mesmo a interpretação deixa de ser olhada como uma operação anterior, e psicologicamente distinta, da aplicação da lei. Essa anterioridade corresponde a uma perspectiva pedagógica do problema, porque na Escola interpretar é realmente explicar, para tornar o texto inteligível, independentemente da sua entrada em acção. Mas a perspectiva essencial do direito é outra. O intérprete «interpreta (para aplicar) a norma, empenhando nas duas operações, que são momentos

---

(57) VICENSO PALAZZOLO: *Scienza e epistemologia giuridica*, Padova, 1964, p. 105.

(58) DINO PASSINI: *op. cit.*, p. 143.

(59) ASCARELLI: *Problemi giuridici*, I, p. 70.

(60) VITTORIO FROSINI: *La struttura del diritto*, Milano, 1962

de um processo único, toda a sua personalidade de sujeito humano, que agindo, não pode senão pensar e valorar, e pensando opera e cria» (61). Não há interpretação objectiva nem subjectiva, porque toda ela é «um contínuo esforço de objectivar-se» (62).

Podiam multiplicar-se as citações. Com elas pretendemos apenas documentar como os progressos do pensamento jurídico posterior à última guerra nos fazem aparecer sob nova luz toda a problemática referente à natureza da interpretação.

Os paradigmas obrigatórios da conceptualização tradicional não figuram, mesmo que marginalmente, no quadro dos conceitos das novas teorias. Reagir contra a sua infiltração é, aliás, um dos deveres que a doutrina aponta ao intérprete. Como escreve BETTI, cuja obra é capital para a definição da nova orientação:

«O esforço que se exige ao moderno intérprete da lei, é, em conclusão, o de fazer face contra a difusa concepção atomista dos vários «meios» e «resultados» da interpretação, o de libertar-se da adoração dos feitiços consagrados em brocados obsoletos e do domínio dos preconceitos, como o da corrente a favor da interpretação literal, ou como o dogma da «vontade» legislativa. A exigência mais urgente que se lhe põe é a de superar a pertinaz atitude intelectual, que tende a reduzir o objecto da interpretação à letra da lei» (63).

Encontramos em LUIGI CAIANI uma sugestiva imagem para exprimir a função da actividade interpretativa: uma «contínua oscilação» entre dois polos — o da objectividade ofere-

---

(61) SALVATORE PUGLIATTI: *Conoscenza e diritto*, p. 87, Milano, 1961: Identicamente ENRICO OPOCHER: «Rapporti tra teoria general ed interpretazione nella prospettiva della «applicazione» del diritto», in *Atti del VII Congresso*, cit., *Relazioni generali*, pp. 79 ss.

(62) ASCARELI: *Ordinamento giuridico*, p. 64. Sobre a identidade essencial entre interpretação e legislação: MAX ASCOLI: *La interpretación de las leyes*, trad. esp., Buenos Aires, 1947, pp. 103 ss.

(63) BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 179.

cida pela estrutura do ordenamento e o da subjectividade inerente aos factos da vida» (64). Poder-se-ia acrescentar: polos de potenciais diferentes, e entre os quais, se nos é permitido argumentar com imagens, se estabelece uma corrente cuja intensidade varia, na verdade, na proporção da diferença dos potenciais. Essa corrente é a própria normatividade do direito. Pretender identificá-la com algum dos polos, ou mesmo querer decidir qual dos polos é o elemento gerador ou predominante, (e é esse o problema que fundamentalmente se propõe em qualquer das duas antinomias do pensamento clássico) significa simplesmente ignorar a natureza do fenómeno.

### 32. *Interpretação e técnica de aplicação do direito.*

A nova teorização do problema não incide apenas nos aspectos especulativos da qualificação do trabalho interpretativo, como se poderia depreender das transcrições feitas.

Essas transcrições visam apenas documentar uma linha geral do movimento: a eliminação das antinomias e a preocupação da integração. Mas a doutrina contemporânea conduz a uma verdadeira técnica da interpretação, e isso é perfeitamente claro em BETTI e nas várias investigações sobre o papel dos princípios jurídicos e dos juízos de valor na aplicação da lei.

Interessa consagrar algumas palavras ao assunto, visto que o art. 9 do Projecto pretende estabelecer legislativamente é precisamente uma técnica da interpretação da lei.

Resumindo o sentido de trabalhos em mente, que ainda não tive possibilidade de prosseguir, escrevi em 1964:

«Interpretar a lei é uma operação lógica que consiste em, a partir das alterações da extensão, lhe verificar o grau de compreensão. Toda a lei tem extensão e compreensão; aquela coincide com o respectivo campo de aplicação e é portanto variável. Esta reveste, como toda a

---

(64) LUIGI CAIANI: *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 52.

compreensão lógica, várias modalidades: compreensão subjectiva (é o sentido que o legislador atribuiu à lei), compreensão implícita (é o conjunto dos caracteres significativos dedutíveis por análise lógica) e compreensão eminente (é o conjunto das significações reveladas ou não reveladas do preceito, só descobríveis no seu progressivo confronto com a realidade). As duas primeiras modalidades de compreensão são ostensivas e são constantes; a última é variável. Ora a problemática da interpretação tem andado até hoje referida às formas ostensivas da compreensão: é a conhecida querela entre a *mens legislatoris* (compreensão subjectiva) e a *mens legis* (compreensão implícita), pelo que a operação interpretativa tem consistido na referência de um elemento constante a um valor variável.

Notemos, porém, que é sempre uma questão de aplicação da lei o que suscita a questão de interpretação; e também é certo que decidir se a lei é ou não aplicável a uma hipótese se resolve numa operação lógica que consiste em determinar se a lei é ou não suficientemente elástica para abranger o novo caso, isto é, que consiste em verificar se a compreensão eminente é compatível com a modificação extensiva que o novo caso propõe. Tanto a extensão, como a compreensão são pois valores variáveis, devendo, porém, ter-se presente que a compreensão eminente da lei não é indefinida, mas só se revela em face da extensão progressiva, e a função mais importante da jurisprudência é a de ir progressivamente sacando dos enunciados legais a totalidade do teor normativo neles eminente.

Segundo esta visão do problema, o erro do método exegético foi o de situar o limite hermenêutico nas formas de compreensão ostensiva, como o erro das chamadas correntes do direito livre está em não reconhecer sequer o limite imposto pela compreensão eminente. As leis não dizem apenas o que os seus autores pensaram (subjectivismo) ou a que, num dado momento, parece poder delas deduzir-se (objectivismo), mas também não comportam tudo quanto, a um luz de conveniência sociológica, seria vantajoso que dissessem (actualismo). Elas dizem tuco quanto nelas realmente se contém; esse conteúdo é variável, mas tem um limite a partir do qual a lei se desnatura e deixa de ser aquela lei, para ser outra, identificada agora com o critério do juiz. É então já a substituição do racionalismo pelo empirismo do *case-law*, e, como tal, método contraditório com a indole dos ordenamentos de tipo ocidental-romanista» (\*).

---

(\*) Cfr. do A.: *A crise do direito* (separata da *Rev. Ordem Adv.*), 1964, p. 107 e ss., em nota. Cf. J. BAPTISTA MACHADO, in *Sobre o discurso jurídico*, Coimbra, 1955, p. 50, que exprime concordância com este ponto de vista, preferindo porém designar por *sentido emergente* aquilo a que chamamos *compreensão eminente*.



Continuamos a pensar que esta descrição da função interpretativa descreve o que ela tem de essencial. A interpretação é indesligável da aplicação da lei; o problema interpretativo põe-se no instante em que, perante o caso, perguntamos se ele está ou não previsto em determinada norma; esta pergunta corresponde a uma indagação sobre a verdadeira significação da norma, a uma reverificação do seu perímetro normativo. E esta operação faz-se todas as vezes que a norma tem de ser aplicada, embora, na maior parte dessas vezes, o intérprete não se aperceba sequer da operação que pratica porque o resultado parece impor-se por si.

Porque pretendíamos apenas chamar a atenção para o que há de essencial no processo, de modo a fazer vê-lo como que numa radiografia, servimo-nos, no texto transcrito, de uma linguagem em que dominam os termos lógicos; isso pode motivar o reparo de que, na nossa tese, se reduz a uma discussão lógica o que é, fundamentalmente, um problema jurídico. Decerto que nem tudo se reduz à lógica, mas todo o conhecimento comporta, além de outras, uma dimensão lógica. É sobre este esquema que se vem implantar a dimensão valorativa do direito, mas o próprio juízo de valor é uma proposição que tem compreensão e extensão, e o problema jurídico da interpretação pode portanto formular-se em harmonia com o esquema proposto. O que com ele pretendemos não é aliás explicar tudo, mas tão somente exprimir de modo claro a intuição que está na base da teorização moderna do problema: torna-se evidente que o dilema actualismo-legalismo carece de fundamento, porque é da *mesma* pesquisa que resulta a fixação da compreensão e da extensão da proposição legal; e do mesmo modo fica privado de verdadeiro sentido a questão do objectivismo ou do subjectivismo, pois que a determinação da compreensão de qualquer proposição ou ideia se faz, necessariamente, através da análise dos termos em que ela se exprime.

Não julgamos pois necessário insistir em que, na fase actual do problema da interpretação da lei, as antigas antino-

mias não são sequer pensáveis. Os «velhos pleitos» foram definitivamente removidos para os museus onde e recolhem troféus e despojos da atormentada história do pensamento jurídico. E o eco que tal questão encontra no Projecto do Código Civil incorre precisamente naquele risco que o legislador de 1944 denunciava e prevenia: amarra a lei futura a compromissos doutrinários que só se compreendem por referência a preocupações passadas.

### 33. *Análise do texto do art. 9 do Projecto.*

#### a. *A «letra da lei»*

Começa o n. 1 do art. 9 por estabelecer formalmente o princípio da condenação da interpretação literal.

O Autor do anteprojecto propõe:

«*A interpretação não deve ficar atida à letra dos textos.*»

A revisão preferiu:

«*A interpretação não deve cingir-se à letra da lei.*»

Melhorou-se consideravelmente a redacção, transformando uma frase deselegante numa fórmula lapidar. Mas isso teve o seu preço, porque o sentido das proposições não é rigorosamente o mesmo; uma coisa é a *letra do texto*, outra a *letra da lei*; a sinonímia postula que se admita que o *texto é a lei*, e é claro que o legislador, nesta mesma disposição, repele tal admissão.

Estamos perante uma vigorosa tomada de posição contra o objectivismo. Além da crítica de ordem geral formulada nos números precedentes (inconveniente das afirmações doutrinárias no texto legal), este primeiro trecho do n. 1 do art. 9 incorre em duas censuras: é tènicamente inútil e socialmente perigoso.

A inutilidade vem de que, quer o legislador o diga quer não, a interpretação nunca se cinge à letra da lei. Isso jamais

foi possível, nem mesmo para os exegetas mais rigoristas: eles podiam dizer que «não conheciam o direito civil, só conheciam o Code Napoléon», mas a prova de que se não cingiam à *letra* do Código está nas dezenas de volumes de que necessitavam para redigir a sua «leitura» da letra do Código. A interpretação meramente gramatical é um conceito-limite, e toda a interpretação é, necessariamente, integradora, isto por força da própria natureza criadora do espírito. Dizer portanto que a interpretação não deve cingir-se à letra é o mesmo que decretar o inevitável. É como dizer que os homens são mortais, ou que as coisas são finitas.

Além de inútil, a afirmação é imprudente. As frases deste tipo não ficam fechadas dentro das leis. Pela sua forma lapidar, pela sua aparente evidência e até pela comodidade que oferecem para justificar tudo o que se queira, repassam dos códigos para a linguagem corrente e acabam por se incrustar na mentalidade do povo. Esta fórmula aparentemente tão simples — «a interpretação não deve cingir-se à letra da lei» — é verdadeiro *slogan*, que será mil vezes repetido nos tribunais à falta de melhores argumentos, que será constantemente invocado nas repartições, que dará uma ilusão de legalidade a todos os requerimentos e acabará por se converter em lugar comum, repetido a propósito e a despropósito pelo homem da rua.

Ora isso será um mal e não um bem. Que aquela é a função necessária da interpretação, sabe-o o jurista, e nem é preciso que a lei lho recorde. Mas não devem sabê-lo aqueles que só estão em condições de aprender as palavras da fórmula, e não o seu verdadeiro alcance. Tais palavras podem trazer o perigo de minar o respeito devido à lei, estatuição solene que, para os destinatários, deve aparecer como valor estável e permanente, o que aliás é possível sem limitar o alcance do trabalho do intérprete. A função deste não é a de dar o dito da lei por não dito ou a de a fazer dizer o que ela evidentemente não diz. O seu papel é muito mais importante e sério que o do prestidigitador; trata-se de empregar a força formalizadora

do espírito para revelar novas evidências. A letra da lei é sempre a mesma, mas a sua voz pode dizer algo de diferente — e isso de um modo tão evidente que, uma vez revelado, não pode mais ser negado. Nisso se revela o poder criador da interpretação, que consiste fundamentalmente na imposição de novas formas a velhas matérias. Mas isto, que o jurista compreende, pode o profano não o entender. E é perigoso dizer-lhe simplesmente que a letra da lei encobre uma substância variável, não traduz uma disciplina permanente.

#### 34. *Análise do texto do art. 9 do Projecto (cont.)*

##### b. *Reconstituição do pensamento legislativo.*

Com a proibição da interpretação literal conexiona-se uma obrigação: a de reconstituir o pensamento legislativo.

Deve dizer-se que neste ponto a Revisão rejeitou totalmente a construção do Prof. MANUEL DE ANDRADE, substituindo-a por outra, talvez ainda menos defensável que aquela.

Escrevera-se na primeira redacção:

*«Deve reconstituir o verdadeiro pensamento legislativo, integrando-o na totalidade do sistema jurídico, e projectando-o nas condições do tempo actual».*

Adoptou-se:

*«...mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada».*

O que há de essencial no texto do Anteprojecto exprime-se nas três formas verbais utilizadas: *reconstituir*, *integrar*, *projectar*. A ideia perfilhada representa a última etapa de um pensamento cuja evolução já descrevemos (cfr. *supra*, 27).

Do objectivismo actualista da fase inicial, o objectivismo afundara-se, mas o actualismo redobrou de vigor, embora o

ilustre Mestre escrevesse que tinha pouco apego ao princípio actualista. A sua preocupação fundamental era a da adequação da lei às circunstâncias sempre novas propostas pela vida; ora o temor reverencial da nossa jurisprudência levava-a a imobilizar-se atrás do pensamento objectivista, applicando rigidamente os textos; daí a queixa contra as interpretações com objectivismo a mais. Poderá com verdade dizer-se que o Prof. ANDRADE fez apostasia do seu objectivismo e se converteu a uma posição subjectivista. Mas equivoca-se completamente quem imaginar que o subjectivismo que ele aceitou foi o da *mens legislatoris*. Trata-se antes do subjectivismo judicial, attitude radicalmente oposta à do subjectivismo histórico, e na qual o ilustre Professor descobria o caminho para uma maior maleabilidade na interpretação da lei, libertando o direito dos limites do texto que o enuncia.

A solução que nos apresenta na redacção proposta é precisamente uma tentativa para fazer vingar o actualismo, emancipando o juiz quer da obediência à vontade do legislador, quer da servidão aos termos da lei. Longe de ser um compromisso ou um regresso ao subjectivismo histórico, é uma corajosa afirmação de decisionismo. A «vontade do legislador» (ou o pensamento legislativo, o que é o mesmo) não é uma vontade psicológica, mas uma *vontade reconstruída* mediante dois processos: o da *integração* e o da *projectão*. Integração no conjunto do sistema, projectão no tempo actual. Só esses dois meios são autorizado como caminho da reconstituição. Por esta via, julgava o ilustre Professor assegurar finalmente o domínio do actualismo como método de interpretação: não é a lei feita pelo legislador de outrora que se impõe ao facto, mas o facto que desencadeia um acto legislativo (reconstituído) do legislador projectado no presente.

A revisão entendeu dever banir esta construção do «legislador presente», talvez por a achar demasiado artificiosa, ou por não se ter advertido de que as mudanças das palavras alteravam completamente o sentido do texto, ou ainda porque

não considerou aceitável a consagração pela lei de uma fórmula que, no fundo, é um verdadeiro *credo* decisionista.

Agora não se trata de integrar o texto ou de o projectar; essas expressões vigorosas foram substituídas por um simples *ter em conta*, aliás de diversa função sintáctica. Mas, sobretudo, manda-se ter em conta «as circunstâncias em que a lei foi elaborada», e isto com precedência sobre a atenção a prestar ao tempo actual. Do mesmo modo que a supressão pura e simples, no Projecto, da matéria do n. 5 do Anteprojecto, a inclusão desta referência ao condicionalismo histórico que rodeou a elaboração da lei é categoricamente oposta à teoria que estava na base do anteprojecto. Desvirtua-o completamente, e transforma uma fórmula consagradora do actualismo num preceito que impõe o mais obsoleto e desacreditado dos métodos, que é o do subjectivismo histórico.

É certo que se não riscou a alusão ao tempo de aplicação, embora se julgasse prudente amornar e restringir a forma «condições do tempo actual», que se traduziu em «condições específicas do tempo em que é aplicada». Mas sabe-se como a enunciação sucessiva tem sempre por efeito prático a aplicação sucessiva. Quando, num mesmo artigo, se enunciam vários critérios, o intérprete utiliza-os sucessivamente, subordinando o recurso a cada um à prévia excussão do anterior. É um erro, que resulta da confusão ingénua entre a ordem do discurso e a realidade normativa que nele se traduz; as palavras não podem ser simultâneas, têm de ser sucessivas, e isso não implica que a necessária sucessividade das palavras ou das frases traduza uma hierarquia dos comandos que elas exprimem. Mas é erro tão comum e geral, que o legislador tem de proceder em atenção dele; e neste caso, não se enganará quem interpretar esta enumeração sucessiva como traduzindo uma hierarquização dos critérios. De outro modo, em vez de se interpolar a regra relativa às circunstâncias em que a lei foi aplicada ter-se-ia simplesmente feito um aditamento.

Chegamos assim à conclusão, verdadeiramente chocante,

de que em 1966, através da modificação de um texto que propunha a solução mais ousada, se consagrou na lei portuguesa o subjectivismo histórico. Ignorou-se todo o movimento de ideias posterior a 1940 e permaneceu-se dentro do esquema clássico; e, entre as opções que esse esquema oferecia e sobre as quais o Professor MANUEL DE ANDRADE tão preocupadamente meditou, acabou por se adoptar a que a doutrina parece hoje unânime em repelir: busca-se a vontade do legislador, não a da lei. Ambos os conceitos são hipóstases, que a lei não deveria acolher, mas ao menos «a vontade da lei pode ser intemporalmente buscada: não assim a do legislador, dotada de uma vida concreta e finita. Essa ideia, quando contemplada de alguma distância histórica, deixa patente o facto de que a lei fica como indefinidamente atada a uma época anterior. Os mortos efectivamente mandarão nos vivos» (66).

### 35. *Análise do texto do art. 9 do Projecto (cont.).*

#### c. *A vontade e o seu reflexo.*

O n. 2 do art. 9 contém uma limitação à disposição fundamental do número anterior. Também aqui tem interesse comparar as duas redacções, a que foi sugerida pelo Professor MANUEL DE ANDRADE e a que veio depois a figurar no Projecto.

Diz a primeira:

*«Não pode surtir efeito o pensamento legislativo que não tenha na lei um reflexo verbal tolerável, conquanto imperfeito».*

Contém a segunda:

*«Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo*

---

(66) SEBASTIAN SOLER: *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, p. 20.

*de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso».*

Não poderá deixar de se sentir alguma perturbação diante deste preceito. Em qualquer das duas redacções é de difícil entendimento, e ou se afigura, um enigma, ou aparece como uma afirmação pleonástica, sem qualquer sentido próprio.

A estrutura do preceito é a de uma *proibição*. Ora proibir implica que se considera o proibido como possível. A proibição é a de que o intérprete considere lei um texto totalmente inexistente? Na verdade, o pensamento legislativo é — de acordo com este preceito — determinado por meio de uma *reconstituição da norma*, e compreende-se que tal pensamento possa não coincidir inteiramente com o sentido aparente do texto. Mas exigir que exista, como base de tal reconstituição, pelo menos *um mínimo do texto*, parece implicar a possibilidade (prevista e proibida) de uma reconstituição sem texto algum. Se assim é, o alcance deste estranho preceito será o de proibir uma espécie de lei mental, silenciosa, não escrita em parte nenhuma.

Há que enveredar por outra linha de raciocínio, visto que aquela conduz ao absurdo. Toda a ordem jurídica está dominada pelo princípio da legalidade, sendo a publicação uma condição da existência da lei. Não se entende bem como possam exigir-se «mínimos verbais» ou «reflexos toleráveis», pois que o contentar-se a lei com tão pouco parece significar a dispensa da obediência a si mesma.

Impõe-se, pois, fazer mais uma vez referência à linha de pensamento dentro do qual se movia o Professor MANUEL DE ANDRADE, e às doutrinas que o podem ter influenciado, ou que pelo menos possam explicar a inclusão deste enigmático texto no Projecto.

Temos observado como o seu pensamento evoluiu, sempre dominado pela preocupação de garantir ao intérprete a possibilidade de *actualizar* as normas aplicadas. Na primeira fase dos seus trabalhos, a preocupação actualista conjugava-se com o objectivismo, isto é, com a subordinação ao sentido objectivo



da lei (67). Mas é manifesto que o sentido objectivo da lei pode, em certos casos, constituir um obstáculo à actualização; e como era esta o que acima de tudo interessava assegurar, o Prof. ANDRADE acabou por admitir, em tais casos, a actualização *mesmo contra o texto da lei*. Buscando uma justificação jurídica para tal procedimento, adoptou a teoria do juiz suposto, o qual, se tivesse pensado na situação nova, teria dado ao texto legal uma redacção diferente daquela que na realidade lhe deu. O papel do intérprete é o de descobrir esta lei hipotética, e é portanto muito semelhante ao que lhe atribui a Escola do Direito Livre; para que esta liberdade não seja absoluta, impõe-se-lhe a obrigação de não se desligar, de todo em todo, do texto legal: têm de haver alguma ligação semântica entre o que este texto dispõe, e a norma que efectivamente se aplica.

Esta concepção tem estreito parentesco com uma outra, hoje quase esquecida, mas que há trinta anos era sustentada na Alemanha por REINICKE e por F. HECK: a *teoria da alusão*. Segundo ela, só é interpretável como vontade do legislador o que está expresso no texto, admitindo-se no entanto a existência de *expressões imperfeitas*, que o intérprete fica livre de colmatar por meio da aplicação de critérios teleológicos (68). É possível que esta doutrina tenha influenciado as ideias do Prof. MANUEL DE ANDRADE, que revela perfeito conhecimento do movimento das ideias desse período referente à interpretação.

---

(67) Deve registrar-se que já no *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis* o Professor ANDRADE esboçava o que depois veio a ser o fundo do seu inconfessado decisionismo: «a lei deve ser entendida como se atrás dela estivesse, não a entidade real histórica — indivíduo ou pluralidade de indivíduos — que efectivamente a produziu, mas um certo legislador *abstracto, convencional* — um legislador *razoável*, quer na escolha da substância legal, quer na formulação técnica, que depois de a ter editado no tempo da publicação, a fosse sempre mantendo de pé, e renovando, por assim dizer, em todo o período da sua vigência» (2.ª ed., p. 104-104)

(68) ESSER: *Principio y norma cit.*, p. 229.

O texto continua assim a vincular o intérprete, mas só parcialmente, porque o intérprete deverá fundamentalmente interpretar a vontade do legislador. Ora esta vontade não pode ficar presa nas malhas estreitas do texto: liberta-se dele precisamente através da ficção da «expressão imperfeita». Foi na verdade o que está na lei o que se disse, mas houve uma espécie de erro na manifestação da vontade, e a expressão não foi perfeita; há que enunciá-la de novo, a partir do *imperfeito reflexo*, ou do *mínimo verbal*.

Fica assim aberta a possibilidade da interpretação *contra legem*, e não era aliás outro o objectivo da teoria da alusão. SAUER, num artigo publicado em 1935, defendeu abertamente essa forma de interpretação «quando o bem do Estado a exija manifestamente». É certo que existe uma lei escrita, mas também é certo que «existe um direito não escrito, que nasce da alma do povo alemão e que é conforme às necessidades da vida nacional, direito claramente sentido e enérgicamente realizado pelo juiz alemão» afirmou W. KISCH em 1934<sup>(69)</sup>. Nas expressivas palavras de LARENZ (1935):

«O juiz acha-se vinculado à lei como expressão da vontade jurídica nacional; mas a lei não é, por sua vez, mais do que um meio de expressão da ideia jurídica nacional, e assim tem de ser compreendida e aplicada. Terá, pois, de ser considerada não apenas na sua existência empírica, mas em paralelo com a sua existência supraempírica, como concreção do espírito do povo. A tarefa de concretizar a ideia nacional, enquanto tarefa configuradora da vida da comunidade, é em primeira linha cometida ao Führer. A lei, como expressão da vontade deste, é a vontade geral na sua existência e não apenas um mero dever ser ou a infraestrutura sociológica para um autêntico dever ser. Mas nenhuma lei pode garantir por si só a realização da justiça nacional, pois qualquer norma geral significa necessariamente uma abstracção e contradiz o carácter da totalidade. O juiz tem portanto que inserir de novo a lei no conjunto concreto do Direito; não deve subsumir simplesmente tipos singulares sob a generalização típica abstracta da lei, mas deve realizar a ideia juri-

---

(69) Citações em DU PASQUIER: *Introduction* cit. 2.ª ed., p. 211.

dica contida na lei, e por essa via concretizar o Direito, que tem na lei simplesmente a sua expressão». (70).

Ora a voz do Povo Alemão é ditada pelo Führer. Na lógica desta dogmática PHILIP HECK sustentava, em 1936, que a interpretação histórica das leis devia fazer-se de acordo com os preâmbulos, os apelos e as declarações do Führer (71). Tal era o panorama de fundo da *teoria da alusão*.

O fim visado pelo legislador português não foi o de permitir a interpretação *contra legem*, e daí a forma negativa dada à redacção. Foi, pelo contrário, o de limitar o subjectivismo marcado no n.º anterior, obrigando a um mínimo de texto. Mas o resultado é evidentemente o mesmo; quem obriga ao mínimo, dispensa do restante; não sabemos onde passa a extrema da coutada, mas sabemos que, fora dela, a interpretação não tem de respeitar o texto da lei.

O carácter anti-romanista e a inteira falta de adequação da teoria da alusão às concepções fundamentais do nosso direito são tão manifestas que dispensam comentário. A abertura de caminho à interpretação *contra legem* era uma consequência *Führerprinzip*, e todos estamos de acordo em reconhecer que não haveria nem oportunidade nem vantagem em enveredar por caminhos aos quais sempre soubemos permanecer alheios, e que são flagrantemente opostos às nossas concepções fundamentais sobre o Direito e o Estado, e positivamente excluídas pelo pensamento político consagrado na Constituição.

### 36. *Análise do texto do art. 9 do Projecto (cont.)*

#### d. *A ficção do acerto da lei.*

O n. 3 é, como o anterior, um preceito novo e intrigante, diante do qual o intérprete que não houvesse estudado atentamente os trabalhos do Prof. MANUEL DE ANDRADE se sentiria

---

(70) KARL LARENZ: *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. cast., Madrid, 1942, p. 182.

(71) Citado em DU PASQUIER, *op. loc. cit.*

(72) Citado em DU PASQUIER: *op. cit., loc. cit.*

embaraçado, sem ousar concluir. A primeira leitura, parece a consagração do princípio da infalibilidade do legislador, mas é manifesto que o simples bom senso nos impede de assim entender.

Não existe em nenhuma outra lei, nacional ou estrangeira, texto semelhante ou sequer aproximado que nos possa guiar na decifração do enigma; a «Justificação» publicada no n. 102 do *Boletim do Ministério de Justiça* nada fornece para tal efeito. Tem pelo menos de se reconhecer que as regras de interpretação — que pela sua natureza hão-de ser límpidas e unívocas — são talvez as mais herméticas de todo o extenso diploma que é o Projecto do Código Civil.

O raciocínio que um jurista desprevenido, aplicando a técnica hermenêutica vulgar, poderia fazer a partir deste enunciado legal conduzi-lo-ia aos resultados mais surpreendentes. Esse raciocínio seria o seguinte:

a) «O intérprete presumirá»; no antigo texto: «Deve presumir-se». Estamos em face de uma *presunção*. Essa *presunção* é a do acerto da solução consagrado na lei e da correcção da forma verbal utilizada pelo legislador.

b) Ora as *presunções* pertencem necessariamente a uma de duas espécies: *presunções tantum juris*, ou ilidíveis, e *presunções juris et de jure*, ou inilidíveis. Ou, segundo outra nomenclatura, *presunções absolutas* e *presunções relativas*. Dentro do n. 3, nada nos permite concluir a qual das duas espécies pertence a *presunção* que nele se institui.

c) A comparação do n. 3 com o n. 2 revela, porém, imediatamente que se trata de uma *presunção relativa*. Na verdade, no n. 3 presume-se que o pensamento legislativo se exprime em *termos adequados*, e no n. 2 admite-se que o mesmo pensamento possa ter *expressão imperfeita*. Se a *presunção* fosse absoluta, a contradição seria evidente. Ora, por força do próprio critério estabelecido no n. 3, não podemos admitir que a lei diga e desdiga: impõe-se o entendimento dentro do qual ambos os dizeres possam ser coerentes.

d) Estaríamos assim, pois, perante a *presunção ilidível*

(isto é, que admite prova em sentido contrário, mas que funcionará até que essa prova seja produzida) do acerto da solução consagrada e da correcção formal da lei.

Mas isto arrasta a consequência de que, cada vez que uma lei seja aplicada (porque toda a aplicação exige interpretação), se poderá fazer a prova de que a *solução consagrada* (o texto) *não é acertada*. E discutir o acerto ou o desacerto de uma lei é o mesmo que discutir o problema contemplado *de lege ferendo*, pois que o «acerto de uma solução» não é outra cousa que a conveniência, justiça, correcção doutrinal e oportunidade social dessa solução.

Ora esta conclusão é tão absurda e ofensiva da indispensável estabilidade do direito que não pode deixar de se rejeitar *in limine*. Todavia o texto do n. 3 autoriza-a, se é que, aparentemente, a não impõe.

Enganar-se-ia quem assim concluísse. A realidade contemplada é completamente outra, embora, tem de se dizer, seja uma realidade irreconhecível.

Cotejando o referido texto com as últimas páginas que o Prof. MANUEL DE ANDRADE consagrou ao problema da interpretação das leis, apercebemo-nos da verdadeira razão de ser da insólita disposição. O trecho seguinte revela-nos o que o sábio Professor pensava sobre o assunto em 1956:

«Cabe advertir que praticamente se terá de jogar em muitos casos (quando não até na grande maioria deles), por carência de dados precisos e concludentes sobre a vontade real do órgão legiferante, com a hipótese dum legislador razoável — no sentido de escrupuloso e capaz. Não se sabendo ao certo qual tenha sido a vontade do legislador efectivo, é natural imaginar-se que ele entendeu a lei tal como a teria entendido um bom legislador. Mas deve salientar-se que esta razoabilidade abrange tanto a escolha das soluções legais como a sua formulação técnica. As virtudes próprias dum bom legislador — tal como as próprias duma boa lei — não se referem apenas, com efeito, ao valor substancial das normas a estatuir, mas também à correcta e avisada formulação do pensamento legislativo. Suporemos, portanto, um legislador que estatuiu as soluções mais justas e oportunas, e ao mesmo tempo um legislador que *redigiu*

*acertadamente os textos legais, exteriorizando com fidelidade o seu pensamento»* (72).

É flagrante a semelhança entre o período final e o texto que figura na Anteprojeto: «deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube traduzir o seu pensamento em sobriedade e correcção».

É à luz daquele texto que o n. 3 do art. 9 deve ser relido. Ele assume agora um outro significado: ao contrário do que afirma, não estabelece presunção alguma. Presunção é a afirmação como verdadeiro, em todos os casos, do que se admite possa não o ser, para se justificar se proceda como se o fosse; e a *presunção* distingue-se da *categoria* em que, ao passo que esta atinge as próprias decisões da lei, a presunção não se refere senão aos factos em si mesmo susceptíveis de determinar, por qualquer modo (como condições de aplicação ou simples motivos), as soluções jurídicas consecutivas (73).

É decerto bem diferente o sentido que, no Projecto, se atribui ao termo *presumir*. Não é uma presunção, mas uma simples suposição, não um juízo provisório, sim um juízo hipotético. Corresponde à frase do texto transcrito «Suporemos portanto um legislador...», suposição que se sabe perfeitamente não corresponder à verdade (e apenas por se saber isso é que foi necessário afirmar o contrário). Trata-se, portanto, de «afirmar como verdadeira, aos olhos do direito, uma proposição que por hipótese é falsa» (74). É pois uma ficção em sentido técnico, e na rigorosa acepção do termo, o que se estabelece no texto do n. 3.

Evitamos as dificuldades decorrentes do conceito de presunção, mas caímos em outras, não menos graves, que derivam do conceito de ficção.

---

(72) M. ANDRADE: *Noções elementares de processo civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1963, p. 30 e 31.

(73) JEAN DABIN: *La technique de l'elaboration du droit positif*, Bruxelles, 1935, p. 235.

(74) *Op. cit.*, p. 275.

Sabe-se como as ficções legais são sempre o indício de uma insuficiência da teorização, o sintoma de uma resistência da realidade à teoria. O estudo, tantas vezes citado, de FULLER sobre a origem das ficções <sup>(75)</sup> é uma cruel confissão dessa impotência do direito perante as arestas mais rebeldes do real. Mas é indeclinável obrigação do jurista, reduzir o fictício ao mínimo; e em caso algum lhe será permitido inventar novas ficções para sobre o seu frágil alicerce construir teorias de alcance tão vasto como a da interpretação da lei.

Não seria aliás certamente essa a intenção do Professor MANUEL DE ANDRADE, jurista sabedor que não escreveria *presunção* se tivesse querido dizer *ficção*. Por isso mesmo ele considerava o seu apontamento tão provisório que entendeu não dever dar-lhe publicidade. O que se converteu em versículo da lei não passava de apontamento didáctico, lembrete talvez destinado menos à consagração legal que a provocar, nas fases posteriores da elaboração do texto, o debate que conduzisse à fixação de uma fórmula definitiva. E o que veio afinal a adoptar-se foi um texto que, da sugestão primitiva, manteve a forma feliz, mas a esvaziou de todo o sentido que ela aspirava traduzir.

### 37. *Análise do texto do art. 9 do Projecto (cont.)*

#### *e. O intérprete e o legislador imaginado.*

Uma outra observação que não pode deixar de ser feita é a de que o n. 3 do art. 8 do Projecto deturpa completamente o sentido do texto fornecido pelo Professor MANUEL DE ANDRADE, e isto apesar de pouco lhe modificar as palavras.

A ficção do acerto das soluções adoptadas pelo legislador funciona, no pensamento do doutor Professor, como um artificio destinado a dar maior liberdade ao intérprete. O que se quer significar não é que a solução da lei esteja certa, mas

---

<sup>(75)</sup> L. L. FULLER: «What motives give rise to the historical legal fictions», *Les sources du Droit* (Recueil d'études en l'honneur de François Géný), vol. II, p. 157 e ss.

que o legislador quiz uma solução certa, pelo que compete ao intérprete encontrá-la. Como já vimos, o legislador razoável é abstracto e convencional, e renova constantemente a lei, ao longo de todo o período da sua vigência. Esta renovação faz-se tanto na substância como na forma (esta última é a interpretação correctiva), visto que a razoabilidade se desdobra nos dois aspectos (cf. *supra*, nota 72). O instrumento humano desse querer intemporal e permanente renovado do legislador abstracto é o intérprete. Tal é o alcance da fórmula fornecida pelo ilustre Professor (76).

Ora o n. 3 do art. 8 do Projecto estabelece precisamente o contrário. O que lá se diz não é que o legislador abstracto quer o melhor em substância e forma, pelo que o intérprete tem de dar realidade a esse querer buscando para cada caso a solução adequada e até corrigindo, se for necessário, as palavras da lei, mas sim que a solução que o legislador histórico quis, e que está expressa nos termos da lei, é a mais adequada ao caso, pelo que o intérprete não pode procurar uma solução diferente. O sentido da fórmula consagrada no Projecto é portanto o sentido antípoda daquele que inicialmente lhe foi atribuído.

A engenhosa contrução do Professor MANUEL DE ANDRADE parece-nos inaceitável, pelas imprevisíveis consequências a que

---

(76) Existe muita afinidade entre esta posição e a que foi defendida no célebre estudo de M. ASCOLI sobre a interpretação das leis: «interpretar a lei não significa tanto repeti-la como reencontrá-la e revivê-la [...]. A actividade do intérprete é, por assim dizer, uma secção da actividade legislativa situada naqueles pontos em que a legalidade natural pode por normas em contraste com as normas positivas». «Nesta concepção podemos, justamente em virtude do reconhecimento da criatividade da interpretação, adoptar a mais clássica das definições de interpretação: *confirmatio legis ac voluntatis legislatoris*» (op. cit., pp. 125 e 124). Tal como ANDRADE, ASCOLI apresentava como subjectivista a sua posição, que sem dúvida o é, mas no sentido de que dá prevalência à *mens interpretis*, que acaba por ser a verdadeira fonte do sentido da norma.



poderia conduzir; mas pelo menos é lógica, e o preceito articulava-se perfeitamente no contexto do artigo, tal como o delineou. O mesmo se não pode dizer do actual n. 3, que, absurdamente enxertado num texto que consagra o subjectivismo histórico, não tem razão de ser e nem sequer tem sentido.

38. *Análise do texto do art. 9 do Projecto (fim).*

f. *Os trabalhos preparatórios.*

O anterior Código não continha qualquer referência aos trabalhos preparatórios, e a doutrina mostra-se reticente quanto ao valor que se lhes deva atribuir. Dentro da concepção da vontade do legislador, é manifesto que são úteis todos os indícios que possam aclarar aquela vontade; mas dentro do objectivismo, os trabalhos preparatórios carecem de autoridade.

Tem certo interesse notar que não é exactamente isto o que dizem os objectivistas. Escreve por exemplo, o Prof. CABRAL DE MONCADA:

«Claro é que se o objectivo da interpretação das leis fosse a determinação da vontade do legislador, a importância dos «trabalhos preparatórios» seria indiscutivelmente muito grande. Nada melhor, com efeito, para poder saber bem o que uma pessoa quer do que assistir ao processo deliberativo da formação da sua vontade. Porém, nós já vimos que não era a vontade do legislador, em sentido psicológico, que constituía o objecto da interpretação, mas sim a vontade da própria lei, num sentido objectivo, como pensamento pensado. E sendo assim, é indiscutível que a importância desse elemento não pode ser muito grande» (7).

No mesmo sentido se poderiam transcrever passagens de COVIELLO, ENNECCERUS, FERRARA, GÉNY e de numerosos outros objectivistas.

Não pode deixar de anotar-se certa contradição entre o princípio e a consequência. O princípio objectivista não conduz a atribuir «pequena importância» ao trabalho preparatório, mas

---

(7) Prof. CABRAL DE MONCADA: *Lições de direito civil*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1959, pp. 170 e 171.

a negar em absoluto essa importância. Ora este ponto de vista não tem, que saibamos, defensores. Os trabalhos preparatórios são sempre tomados em consideração, tanto pelos objectivistas como pelos subjectivistas, e a incoerência em que os primeiros incorrem é extremamente significativa. É que, através do estudo daqueles trabalhos não se trata de descobrir a intenção do legislador, mas sim de explicitar toda a possível significação contida no texto. Funciona aqui a distinção a que já aludimos entre compreensão ostensiva da lei, e compreensão eminente. O trabalho interpretativo é um incessante aprofundamento da significação da lei, e quando o intérprete se debruça na leitura dos trabalhos preparatórios não faz uma indagação psicológica sobre intenções, mas uma exploração de novos aspectos significativos que a lei possa revestir. E é por isso mesmo que tais trabalhos interessam não só aos escritores de orientação subjectivista, como também aos que aceitam o dogma objectivista: e o que todos fazem é, sob a capa de justificações diferentes, explicitar tudo o que na lei virtualmente se contém.

Daqui resulta, porém, não uma subestimação do material preparatório, mas a recusa da sua autonomia como elemento de interpretação. É apenas um dos meios de que o intérprete se serve para conseguir que a norma seja efectivamente «a expressão actual de uma exigência perene», como diz BETTI. Na mesma ordem de ideias serão meios igualmente legítimos os da investigação daquilo a que MESSINEO chamou elemento de facto, constituído pelos substractos económicos ou técnicos com referência aos quais a lei foi enunciada, porque só assim nos podemos dar conta da significação relativa dos comandos que contém; e sê-lo-á também a determinação das ideologias entre as quais a lei nasceu, pois que esta em boa parte representa «a polarização das coordenadas mundividenciais que orientam o legislador», como com toda a justeza escreve J. BAPTISTA MACHADO (78).

---

(78) «Sobre o discurso jurídico» (prefácio à tradução portuguesa da *Introdução ao pensamento jurídico*, de KARL ENGISCH), 1965, p. 28.

A solução agora adoptada vem em sentido inteiramente contrário. Embora pela forma indirecta de uma proibição, atribui-se *autoridade* aos trabalhos preparatórios depois de *devidamente* publicados, negando-se qualquer valor aos restantes. É um feixe de dúvidas o que, nesse preceito aparentemente tão simples, se propõe ao estudioso. Passa agora a existir uma hierarquia entre os trabalhos preparatórios: os que, por força da lei, tem autoridade, e os que não tem autoridade alguma. Mas que significa «ter autoridade»? Até que ponto vinculam a interpretação, e que lugar ocupam no vasto quadro das referências de que o intérprete se socorre para ir revelando na lei o seu potencial de significação? Que significa o advérbio «devidamente»? A publicação no *Diário do Governo*, no *Diário das Sessões* e nas *Actas da Câmara Corporativa*, a publicação nos *Boletins Officiais* dos Ministérios, a publicação nas revistas jurídicas, a simples publicação na imprensa informativa ou até a conferência de imprensa do Ministro ou da entidade técnica a quem foi confiada a elaboração da lei?

Quanto aos materiais não publicados, fica a sua utilização proibida?

Mais curial parece neste ponto a atitude do legislador de 1867. Naturalmente que, de entre os materiais preparatórios, o intérprete estudará de preferência os Preâmbulos e os Relatórios que acompanhem os diplomas e, quanto às leis em sentido formal, as *Actas da Câmara Corporativa* e os debates na especialidade. Mas não deve ficar impedido de ir mais longe, porque a profundidade das investigações não pode ter outros limites que não sejam os decorrentes da dificuldade dos problemas. E também não se vê vantagem alguma em proibir que sejam tomadas em consideração todas as outras realidades contemporâneas da legiferação, as quais podem em muitos casos ser mais relevantes como instrumento de revelação do sentido da lei do que os materiais de carácter oficial aos quais ela se refere: acabamos, precisamente, de verificar como a interpretação deste art. 9 exige a consulta dos trabalhos do Professor MANUEL DE ANDRADE, que todavia ficam fora do âmbito que

aparentemente o preceito define. E, sobretudo, afigura-se inteiramente falha de fundamento lógico, jurídico ou doutrinal, a introdução de uma distinção legal gradativa do valor desses adjuvantes da revelação da compreensão, porque a função de todas — publicadas ou não — é precisamente a mesma.

### 39. *O problema da interpretação correctiva.*

No texto ou redacção preliminar figurava um preceito que, na redacção definitiva, se entendeu dever ser eliminado: o que autorizava a restrição do conteúdo da lei. O articulado era o seguinte:

*«V— É consentido restringir o preceito da lei quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar».*

Esta solução pareceu — e julgamos que bem — demasiado ousada e por isso não passou da fase preliminar ao texto do Projecto. Todavia ela constituía uma consequência forçosa da tese do legislador projectado no presente. É óbvio que o legislador razoável não pode ter querido resultados desrazoáveis, e também não sofre dúvida que as mudanças da vida podem provocar a inaplicabilidade (estamos sempre não no plano da vigência formal, mas no da razoabilidade) da lei pensada para condições diferentes. Nas *Noções* já referidas e no prosseguimento do que então era o seu pensamento, escrevia o Professor ANDRADE:

*«O intérprete deve olhar ao conteúdo essencial da vontade legislativa, tal como se deduz do escopo visado pelo legislador (real ou hipotético), mais do que aos termos exactos dos respectivos comandos. Deve, acima de tudo, compenetrar-se dos interesses que o legislador teve em mente e da valoração que a cada um deles quis atribuir. Deve desobedecer ao conteúdo imediato da lei, para lhe salvaguardar a ideia essencial, se doutro modo esta resultar gravemente comprometida. Pode e deve, portanto, abalancar-se a uma interpretação correctiva, quando ela nitidamente se imponha para ser respeitada a verdadeira vontade legis-*

iativa — a valoração de interesses que o legislador entendeu consagrar. Assim, pelo menos, onde a necessidade desta interpretação provenha de sucessos posteriores à publicação da lei».

No citado artigo da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* já a interpretação correctiva aparecia referida como um dos elementos fundamentais do «inactualismo» que então o seduzia (79).

Os perigos de permitir-se interpretação correctiva são tão óbvios que não será preciso salientá-los. Mas a transcrição é de valor decisivo para compreender a verdadeira evolução intelectual do autor do Anteprojecto. Como já anteriormente afirmamos, o fundo do seu pensamento foi sempre o actualismo. O facto de ter constantemente raciocinado em relação ao eixo sujeito-objecto, levou-o a pensar que, extinta e antiga fé no objectivismo, se convertera ao subjectivismo, no sentido de dar prevalência à *intentio legislatoris* sobre o sentido objectivo da declaração. Mas na verdade a *intentio* que o seduz é a *intentio judicis*. O legislador que está no palco do seu subjectivismo é uma suposição, uma realidade fictícia, que se constrói precisamente mediante a imputação dos juízos do intérprete sobre o valor actual da lei. Se recordarmos o esquema da discussão clássica (cfr. *supra*, n. 29), vemos que estamos muito próximos do decisionismo ou da *Freirecht*, no mesmo quadrante teórico em que estas correntes se situam, e que é o do subjectivismo judicial.

A Revisão cortou cerce este n. 5, porque ele evidencia os perigos do actualismo excessivo. Mas, tendo conservado os outros números procedeu como quem expõe as premissas e se recusa a enunciar a conclusão a que tais premissas inevitavelmente conduzem.

A construção que acabou por ficar no Projecto foi um arranjo desconexo em que o pensamento do Professor MANUEL DE ANDRADE foi inteiramente falseado com a interpolação feita

---

(79) *Noções*, p. 32; *Rev. Leg. Jur.*, 80, p. 239 e ss.

no n. 1, desfigurado pelas modificações de redacção introduzidas no n. 2, transformado em sentido contrário pela mudança de sentido do n. 3, e truncado pela amputação do n. 5.

Continuará a dizer-se, provavelmente, que esta parte da nova lei é da autoria daquele Professor. Mas a verdade é que, da solução que ele propôs, foram aproveitadas muitas palavras, mas nenhuma ideia ficou incólume. E não lhe prestará homenagem quem invocar o seu nome para justificar a indefensável solução contida no Projecto.

#### 40. *Síntese da discussão precedente.*

Depois da análise dos vários elementos que integram o artigo 8 do Projecto impõe-se formular uma apreciação de conjunto. Esta não pode deixar de ser no sentido de uma reprovação geral do artigo, que deveria, em nossa opinião, ser suprimido na redacção final que se vier a dar ao Código.

De outra forma, o artigo constituirá uma originalidade insólita na história da codificação e na doutrina da interpretação das leis. Poderemos sem dúvida dizer que no nosso Código figura um conjunto de preceitos sobre a matéria que não tem outro semelhante na legislação conhecida. Mas seria um recorde negativo, e os estudiosos do direito comparado não deixariam de observar que tal originalidade constitui intromissão da lei em domínio desde sempre reservado à doutrina, a qual não se pode justificar sequer pelo merecimento científico das soluções decretadas. No seu conjunto, estas são uma série de afirmações pouco claras, ecos de uma primitiva inspiração decisionista que já se não pode reconhecer, e que se enxertam na solução de fundo de um subjectivismo histórico, solução obsoleta e hoje banida das codificações.

Como já ficou visto, o Relatório do decreto-lei n. 33 908, de 4-9-1944, estabeleceu, com prudente inteligência, que a nova codificação devia fugir a todas as inovações desnecessárias, afastando a mera preocupação da originalidade e evitando introduzir nos seus preceitos doutrinas que, volvido pouco tem-

po, pudessem vir a sujeitar-se a revisão. A advertência era preciosa — mas não foi seguida. A sugestão trazida ao diploma condensava, sob a forma de preceito legal, o último ponto da trajectória mental de um professor ilustre, que meditara profundamente o problema e acabara por formular uma teoria audaciosa e que não era talvez definitiva. Essa doutrina, precisamente pelo que tinha de inovador, sofreu os efeitos de uma revisão que, julgando acolhê-la, a transformou e desvirtuou completamente.

Não se nos afigura defeituoso que o Código Civil não contenha qualquer preceito relativo à interpretação da lei. Isso sucedia com o antigo Código, e é a solução mais correntemente adoptada nos Códigos Civis das outras nações. Quando, porém, se entendesse que haveria vantagem em consagrar a tal matéria um artigo da lei, deveria estudar-se uma fórmula de carácter muito geral, que marcasse um espírito sem impor uma técnica, de modo a estimular a investigação doutrinal no domínio, tão pouco trabalhado em Portugal, da hermenêutica jurídica. E poderia aproveitar-se esse ensejo para consagrar a orientação, que se diz informar o diploma, de reacção contra o positivismo jurídico. Tal tomada de posição não se poderia apelar de desnecessária porque aquela orientação nos é revelada com muito maior clareza na notável exposição ministerial sobre a reforma do direito civil, que serve de preâmbulo ao Projecto, quer no próprio texto do Projecto. E isto a tal ponto que, se não fora aquela exposição, ficaríamos em dúvida sobre a orientação filosófica da nova lei.

A fórmula a utilizar deveria, em nossa opinião, condensar quatro juízos de valor que são de fundamental importância, e que nos parecem suficientemente radicados na consciência e consagrados pela doutrina jurídica, a saber: a justiça é o fim natural e a razão de ser do direito; a interpretação é a «experiência jurídica» essencial, através da qual a seiva da lei se instila na vida e a força da vida se converte em lei; o conjunto das leis forma um sistema orgânico só inteligível no seu conjunto; esse sistema não é um simples aparelho

J. H. SARAIVA

de carácter técnico, mas um instrumento destinado à realização das superiores finalidades que ao Estado cumpre enunciar em nome da comunidade.

Sem nenhuma pretensão de propor uma fórmula determinada, e só no propósito de mostrar que não é impossível condensar em poucas palavras aquelas ideias, pensamos que elas ficariam afirmadas com suficiente clareza num preceito assim concebido:

*«A interpretação tem por objectivo assegurar que as leis realizem o seu natural fim de justiça, dentro da unidade do sistema jurídico e com subordinação aos juízos de valor que a este sistema presidem».*

É a consagração do jusnaturalismo? Alguns assim o entenderiam. O entendimento, que é possível, não é forçoso. Mas seria claramente a proscricção de um positivismo que não há razão para manter, enunciada por uma fórmula tão larga que resistiria às flutuações dos tempos, e em termos que poderiam merecer a aceitação de todos os que, divergindo em ideologia e em convicções, estão de acordo na profunda crença de que o direito é algo mais que a disciplina das ordens publicadas.



CAPÍTULO X  
INTEGRAÇÃO E ANALOGIA

*41. Comparação com o art. 16 do Código Civil.*

O art. 10 do Projecto estabelece as regras que não-de presidir à integração das lacunas da lei.

Nesta matéria, a redacção preliminar foi substancialmente alterada; eliminou-se o n. 2, que era ainda uma afirmação do princípio da interpretação correctiva, e pensamos que bem. A forma analítica dada às restantes disposições foi aligeirada de algumas pormenorizações dispensáveis, com excepção das ve-

---

\* *Texto do artigo:*

**ARTIGO 10.º**

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma applicável os casos análogos.
2. Há analogia entre dois casos sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

rificadas no n. 3, que corresponde ao n. 2 do Projecto; deu-se autonomia ao n. 5, que passou a constituir o art. 11. A estrutura basilar do regime criado permaneceu sem alterações de fundo.

O artigo vem o substituir o artigo 16 do Código vigente, afastando-se muito das soluções que neste se consagram. As diferenças fundamentais parecem-nos ser as seguintes:

- a) O artigo 16 não toma qualquer posição quanto a distinguir *interpretação* e *integração* da lei, regulando apenas a segunda destas matérias. O art. 10 do Projecto baseia-se nessa distinção, a qual, como se sabe, é de natureza doutrinal e não é pacífica.
- b) O art. 16 não contém qualquer definição, deixando à doutrina a tarefa de fixar o sentido das noções que o integram. O art. 10 considerou necessário definir o conceito de analogia, que é dos mais controvertidos tanto no direito, como na linguagem filosófica.
- c) O método fixado no art. 16 do Código Civil consiste no recurso, em primeiro grau, à analogia, e em segundo grau aos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso; o que se define no art. 10 do Projecto consiste, igualmente, quanto ao primeiro grau, na analogia; quanto ao segundo, adopta-se o critério da «norma que o intérprete criaria dentro do espírito do sistema». Isto significa que a lei em vigor optou pelo sistema do hetero-integração, a lei projectada pelo da auto-integração.

As observações seguintes recaem apenas sobre as diferenças assinaladas na alíneas b) e c).

#### 42. *Definição legal da analogia.*

A extrema dificuldade e equivocidade do conceito de analogia é conhecida por quantos têm tentado desenhá-lo. BADENES GASSET define-a como «o procedimento baseado na força siste-

mática do Direito, que tem por objecto regular casos não contemplados pela norma mediante o emprego de raciocínios obtidos sobre a base de semelhança entre a relação não contemplada e a prevista»<sup>(80)</sup>, mas ao mesmo tempo apresenta-nos definições propostas por DERNBURG, DE DIEGO, FERRARA, VON THUR, GIANTURCO, DEL VECCHIO, ENNECERUS, CAPITANT, DE CASTRO, CASTÁN, todas divergentes. Nos autores mais modernos podem colher-se várias definições, e, se algum carácter comum se pode deprender de todas elas, é somente o de uma desistência de definir a analogia em si mesma, reportando-se a definição antes ao raciocínio que nela se baseia.

O Prof. MANUEL DE ANDRADE apresentou, no seu texto preliminar, a definição seguinte:

*«Consideram-se análogos os casos que, razoavelmente, devam ter o mesmo tratamento jurídico».*

Esta proposição parece, à primeira leitura, constituir uma tautologia. Pode ler-se nos dois sentidos: tanto se poderia escrever que se consideram análogos os casos que devam ter o mesmo tratamento, como que devam ter o mesmo tratamento os casos que se consideram análogos. O que poderia tornar a definição construtiva e útil era saber quando é que o intérprete deve considerar que os casos são análogos, para, em consequência dessa analogia de situações, se considerar autorizado a aplicar a norma do caso contemplado ao caso omissivo.

Mas é possível que a tautologia seja aparente, e que as palavras não exprimam com clareza o pensamento que estava por detrás delas. O texto seguinte permite apreender o que o autor da redacção preliminar pretendia consagrar na lei:

*«Na interpretação das leis constitui elemento de primeira importância a consideração do valor prático, da razoabilidade das soluções possíveis em face dos outros elementos a atender. Na dúvida, é certamente*

---

<sup>(80)</sup> *Metodología del derecho*, Barcelona, 1959, p. 394.

de preferir a *solução mais razoável*. Quanto à integração das leis, deve utilizar-se primeiro a analogia, se a houver, e depois recorrer-se aos «princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso». A analogia verifica-se quando seja igualmente acertada e aconselhável (*de lege ferenda*) para o caso omissa a regulamentação estatuída na lei para um caso previsto; quando os dois casos peçam (em justiça relativa, digamos) o mesmo tratamento jurídico. O outro recurso consiste, no fim de contas, em se adoptar para o caso omissa a *solução mais razoável* dentro do sistema legal, a norma que o juiz editaria se tivesse de legislar na matéria, tendo aliás legislado o que está na lei» (81).

A ideia fundamental é a da *razoabilidade*. Neste conceito, na realidade um pouco vago, propõe-se um critério de prós e contras, uma avaliação prudente de situações à luz de valores não técnicos, mas procedentes do senso comum. É aliás noção a que outros escritores têm prestado grande atenção; o livro que L. RECASSENS dedicou ao problema da interpretação da lei adopta esse tema como ideia central, e julga poder estabelecer sobre ele toda uma nova filosofia para um velho problema (82). No direito não há já lugar para novidades tão simples, e parece-nos ser aquela mesma atitude a que está na base do pensamento de MAX RÜMELIN acerca da interpretação das leis: o juiz deve basear-se na sua prudente estimativa, de harmonia com as convicções sociais vigentes no seu tempo, para adequar razoavelmente as normas às necessidades práticas do momento actual, tudo em vista de uma ideia de justiça. BODENHEIMER via no direito natural uma espécie de hipostase com a qual se significam as exigências mínimas do razoável.

A «razoabilidade» é, segundo o nosso modo de ver, um conceito indefinível e insusceptível de demonstração, que se casa melhor com o empirismo decisionista dos sistemas do *common-law* do que com a clareza cartesiana dos direitos de linhagem romana. Quanto a estes, funciona como aquelas noções que, precisamente porque não explicam nada, servem para

(81) M. ANDRADE: *Teoria geral da relação jurídica*, I, p. 96 em nota.

(82) L. RECASSENS-SICHES: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, *passim*.

dar uma aparência de explicação aos resíduos que, de outra forma, não podem ser explicados. É preferível nos parece deixar ao conceito o domínio que a teoria lhe atribui (regra de interpretação dos tratados internacionais e elemento adjuvante na interpretação dos contratos) que erigi-lo em cânone geral de integração do ordenamento.

Não há, porém, dúvida de que não era esta a opinião do Professor MANUEL DE ANDRADE. E o que importa aqui fazer compreender é que o texto proposto deixa de parecer uma tautologia, quando nos apercebemos de que ele contém o reconhecimento legal daquele princípio. É no advérbio *razoavelmente* que se situa afinal toda a significação normativa do preceito, toda a sua mensagem útil. É de presumir que o objectivo do n. 3 da redacção preliminar (n. 2 do Projecto) tenha sido precisamente o de dar guarida no Código a um cânone ao qual o ilustre juriconsulto atribuía tão grande importância. A coincidência entre as ideias, e até as palavras, do trecho transcrito com as que figuram no Anteprojecto, é um indício suficientemente concludente.

Sucedeu, porém, que na Revisão se não partilhou aquela opinião quanto à importância da «razoabilidade», e o advérbio de modo foi eliminado. Diz-se agora:

*«Há analogia entre dois casos sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei».*

Indicaremos sumariamente as três razões que nos levam a considerar este texto gravemente defeituoso.

a) Nada esclarece quanto ao conceito que pretende definir. Se perguntarmos quando se verifica a analogia, respondemos que é quando se verificar a procedência das razões; se perguntarmos quando existe procedência de razões, dir-nos-á que existe quando houver analogia. Ora, isto é o que o intérprete já sabe, e portanto a lei escusa de o declarar: *ubi eadem ratio, ibi*

*eadem dispositio*. A dificuldade reside em saber quando estamos perante uma situação analógica ou uma verdadeira similitude de situações de base, e a tal respeito o texto nada nos diz pois se limita a afirmar inútilmente o que é o raciocínio por analogia, matéria conhecida e que ao Código não compete analisar.

b) Definir a analogia pela procedência de razões iguais representa uma inversão total do problema. O que justifica a aplicação ao caso omissivo do regime do caso declarado é a similitude das situações de facto; é a situação de base que desencadeia a consequência da identidade de tratamento. É um ponto acerca do qual a doutrina se encontra de acordo, e nem podia ser de outro modo:

«A identidade da *ratio juris* com referência à interpretação analógica consiste na congruência da valoração que parece determinante do tratamento jurídico, e se deduz da substancial identidade daqueles elementos das situações de facto (*fattispecie*) que a justificam. Se de um confronto entre a *fattispecie* regulada e a não regulada resulta que numa e noutra são substancialmente idênticos os elementos de facto propriamente decisivos para o tratamento jurídico, pode-se concluir que as duas *fattispecie* são semelhantes ou análogas, e que para uma e outra procede idêntico *ratio juris*, ou seja, a razão de um semelhante tratamento jurídico. De outro modo, não. Uma semelhança extrínseca dos elementos de facto seria insuficiente» (\*).

---

(\*) BETTI: *Interpretazione della legge*, cit., p.76.

No mesmo sentido escreve BOBBIO: «Para que se possa extrair a conclusão, isto é, a atribuição ao caso não regulado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulado semelhante, é necessário que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, ou seja, é preciso que se descortine nos dois casos uma qualidade comum a ambos que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulado tenham sido atribuídas aquelas e não outras consequências» (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 174). Todos os autores que do problema se têm ocupado convergem nesta mesma opinião. O erro cometido no Projecto procede talvez de não se ter distinguido entre os conceitos de situação analógica e de raciocínio analógico, e de se ter querido definir aquela através deste.

Em qualquer dos vários autores que se occuparam do assunto se pode encontrar esta afirmação da anterioridade da analogia essencial do facto em relação à identidade do tratamento. Não é portanto admissível que, na definição, se parta da consequência para a origem. De resto, na definição da situação analógica, o que interessaria era dar ao intérprete um critério seguro que lhe permitisse escolher entre as analogias aparentes, imperfeitas, superficiais, e aquelas que pela sua essencialidade justificam a identidade do tratamento jurídico. O perigo da analogia está, como se sabe, na existência de aparências enganadoras, fundadas em elementos não essenciais.

c) A indicação de método que o intérprete pode recolher no preceito seria a menos conveniente de quantas se poderiam propor: o critério da procedência das razões. É um convite ao subjectivismo e ao casuismo na determinação da situação analógica. Entender que procedem, ou deixam de proceder, as razões do caso análogo é fundamentalmente matéria de opinião, na qual não pode deixar de interferir em larga medida a perspectiva pessoal do julgador, e até as circunstâncias específicas da hipótese. A attitude objectiva conduz ao enunciado inverso: não é em virtude da procedência que se conclui a analogia, mas sim em face da analogia que se impõe a procedência.

Supomos que estas razões são tão manifestas que só por um erro técnico se pode explicar a actual redacção do n. 2 do art. 10 do Projecto. Estamos perante um provável deslize de redacção. Não é aliás difficil comprehender como se incorreu no erro: houve a preocupação de respeitar, tanto quanto possível, a redacção preliminar, mas não quis aceitar-se a consagração, que naquella redacção se fazia, do princípio da razoabilidade. Já exprimimos a opinião de que, na verdade, não se justificava a consagração pela lei de um princípio que, quando muito, pode servir de regra suplectiva da hermêutica prática. Mas não se prestou atenção ao facto de que a primitiva redacção *não tinha outro conteúdo que não fosse a consagração do princípio*. Era

esse o seu único efeito. E, suprimindo-se a referência à razoabilidade, foi como se se houvesse conservado a moldura das palavras, depois de se destruir o tema emoldurado.

43. *Se é necessário ou possível definir a analogia.*

Toda a doutrina tem sido unânime na afirmação de que a similitude ou analogia dos casos tem de ser profunda e substancial para que nela se possa basear o recurso à integração analógica. Daqui, a importância evidente da caracterização da analogia relevante, e a aspiração, sentida por todos os juristas que do tema se têm ocupado, de um critério que possa conferir algum grau de segurança àquela caracterização.

Há, porém, que reconhecer que nem nos textos do direito positivo nem nos ensinamentos da doutrina encontramos esse critério formulado. Explica-se a natureza do raciocínio analógico, marcam-se-lhe os limites, mas não se responde de modo claro e directo ao problema que consiste em saber quando é que, no plano dos factos, se devem considerar análogos o caso previsto e o não previsto.

A explicação da dificuldade está, a nosso ver, em que a analogia não é uma propriedade, mas uma relação. As relações não são susceptíveis de definição substancial, porque não são em si mesmas substâncias, podendo sempre estabelecer-se quaisquer que sejam as substâncias relacionadas.

A analogia nunca é absoluta (seria igualdade) mas relativa, e existe com referência a um qualquer padrão exterior aos termos analogados. Consideramos A e B, realidades diferentes, como análogas sob o ponto de vista C, quando, quer em A quer em B, se observe um elemento comum que permita definir o género C, em relação ao qual A e B funcionarão como espécies. O elemento de referência é variável: os termos *árvore* e *chaminé* não constituem qualquer género, por exemplo, sob o ponto de vista formal ou sob um ponto de vista naturalista; mas podem apresentar analogia quando considerados sob o ponto de vista dos prejuízos que causam ao morador vizinho.

Dentro do direito, o elemento significativo que pode levar a



integrar duas espécies num género, e a generalizar a este a disciplina estatuida para uma das espécies, pode apresentar-se de muitas formas. Por mais dispares que os casos sejam, há sempre possibilidade de os conciliar num género remoto. A distinção entre *analogia legis* e *analogia juris* baseia-se nesta diferente amplitude dos géneros possíveis. A intensidade da similitude projecta-se na maior proximidade do género. Mas, além dessa variação quantitativa pode haver variações qualitativas. Como escrevemos em outro lugar, um caso pode apresentar-se como análogo a outro em virtude da terminologia utilizada pelo texto legal; a analogia pode ser sugerida pela vizinhança na arrumação das matérias dentro do mesmo Código; pode nascer da similitude sob o aspecto social, psicológico ou económico da situação omissa com outra que a lei preveja; pode resultar da complementaridade de situações com referência a uma situação dominante em dada época; pode ainda advir do facto de o intérprete julgar conhecer um *ratio legis* que deveria, em seu entender, presidir à regulação do caso omissa. Cada caso relaciona-se com os restantes sob muitíssimos aspectos, e cada um desses aspectos pode conduzir à formulação de uma relação analógica.

Daí resulta, parece-nos, a impossibilidade de definições que não sejam puramente formais, e portanto sem utilidade sob o ponto de vista da escolha de um critério operacional.

A doutrina recente, neste ponto, vai até mais longe, e afirma mesmo a desnecessidade de se autorizar explicitamente na lei a integração analógica, porque esta é uma consequência necessária, um corolário da natureza abstracta do direito. Se o direito é um sistema coerente de comandos abstractos, aquela possibilidade não pode deixar de existir e só não funcionará quando for objecto de proibição expressa. BOBBIO escreve que «toda a norma leva consigo um certo potencial de extensibilidade, pelo menos nos limites da explicitação da sua força nocional». Pensamos que não é *pelo menos*, mas *precisamente*. É no fundo o conceito, a que já anteriormente fizemos referência, de *significação eminente*. Toda a lei é um enunciado obrigatório com energia que não carece de permissão para se afirmar em toda a

sua compreensão, isto é, tanto naqueles domínios que o legislador, porque os previu, lhe assinalou, como naqueles que, objectivamente, venham a situar-se no seu campo de aplicação.

Em virtude do exposto, entendemos que o n. 2 do art. 10 do Projecto é uma redundância que se não justifica nem no plano teórico nem no plano prático, pelo que deve ser suprimido.

#### 44. *Auto-integração e hetero-integração.*

Esgotado o recurso ao procedimento analógico, se o intérprete verifica que não dispõe ainda de uma norma adequada à regulamentação do caso omissis, a sua tarefa não terminou; apenas começa uma etapa nova e mais difícil, na qual deve procurar a solução em horizontes distantes.

Quais os limites da nova investigação? Duas respostas podem ser dadas a essa pergunta: a primeira diz-nos que o intérprete deve permanecer dentro do sistema do direito constituído, embora já não no nível dos comandos-regras. Para além destes ficam as zonas dos comandos-conceitos e dos comandos-valores; uns e outros se exprimem em proposições de tão grande generalidade, que impossível será não encontrar aí a norma aplicável à omissão. Esta certeza decorre da ideia de que o sistema jurídico é um conjunto coerente, existindo sempre a possibilidade de uma *auto-integração* do caso omissis. A outra resposta manda-o sair do mundo jurídico, do direito definido. As estações, mesmo as mais gerais, visavam uma realidade prevista. A vida mudou, e o caso não previsto é precisamente um indício iniludível dessa mudança. Procurar dentro do direito as respostas que ele não dá, é subjugar o presente ao passado. A norma faltosa há-de portanto ser ditada de harmonia com valores que estão fora do direito <sup>(81)</sup> — os valores do direito natural, as

---

(81) Nem todos os autores aceitam que tais conceitos estejam fora do direito constituído. CARNELUTTI sustentava que mesmo os conceitos mais gerais estão dentro do direito, pois só se podem deduzir das normas vigentes: «Estão dentro do direito escrito como o álcool está den-

exigências de uma conjuntura económico-social que se põe de novo, ou o senso realista e livre do intérprete: tal é a atitude que se designa por *hetero-integração*.

As tendências do pensamento jurídico têm oscilado entre os dois caminhos. O estudo de J. DICKINSON sobre «o problema do caso não previsto» <sup>(85)</sup> relata magistralmente as flutuações doutrinárias verificadas a esse respeito, acentuando um paralelismo impressionante, sob esse aspecto, entre a doutrina romanista e a anglo-saxónica.

A solução adoptada pelo Código de 1867 foi a da hetero-integração do sistema: quando o recurso à analogia se revelasse infructífero, o intérprete devia procurar a solução nos princípios do direito natural.

Sabemos que este entendimento não é pacífico, e que as opiniões dos juristas portugueses se dividiram quanto ao sentido que devia ser atribuído à parte final do art. 16. Sustentou-se que a expressão «princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso» se deveria ler como constituindo um só termo, isto é, como contendo apenas uma ideia, e não duas. Assim, o sentido verdadeiro não coincidiria com o aparente; a lei não autorizava o intérprete a mergulhar na penumbra meta-jurídica do direito natural, e a fazer depois a quantificação das normas, necessariamente muito gerais, que aí poderia encontrar, através de uma adequação às circunstâncias do caso concreto. Pelo contrário: a referência às circunstâncias deveria entender-se como aludindo ao espírito das leis pátrias e aos critérios do legislador, que informam de um modo geral o sistema. E, desta sorte, *princípios do direito natural* não significava, no art. 16, outra coisa senão princípios gerais do direito. O comando não era pois no sentido da integração heterónoma, mas no da integração autónoma. Outros escritores entenderam

---

tro do vinho, são o espirito ou a essência da lei». (*Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, 120).

(85) JOHN DICKINSON: «The problem of the unprovided case», in *Les sources do droit*, cit., II, pp. 504 e ss.

que o comando continha uma remessa para a equidade, ou, numa outra interpretação, uma permissão da regra da razoabilidade (\*\*).

O assunto está ultrapassado, mas não deixaremos de dizer que nos parece manifesto que as *circunstâncias* referida no art. 16 são circunstâncias do caso e não circunstâncias da norma, e é inadmissível considerar as constantes de um sistema jurídico como circunstâncias de um caso omisso. Por outro lado, a expressão *direito natural* tem sentido definido, incompatível com o de princípios gerais do direito. A função das circunstâncias do caso é a de delimitarem e quantificarem (naquele preciso sentido em que os lógicos falam na quantificação do predicado pela extensão do sujeito) a disciplina vaga que o direito natural pode oferecer ao intérprete. Aliás a fórmula legal, se bem que nunca tivesse sido explorada nesse sentido, talvez permitisse acolher um método de integração actualista, através da análise da compreensão do conceito de *circunstância*. Ter-se-ia podido sustentar que circunstância é tudo o que está em volta, e que essa noção coincide com a do condicionalismo económico-social que envolve o caso omisso. Seria pelo menos mais verosímil pretender que a fórmula «circunstâncias do caso» tinha esse alcance, do que querer ver nela uma referência aos elementos formais dominantes do sistema legal em vigor.

O Projecto adoptou solução diferente do Código de 1867, e o sistema que consagra é auto-integração. De acordo com a solução contida no n. 3 do art. 10, a integração passará a fazer-se pela subsunção do caso não previsto aqueles mesmos juízos de valor aos quais obedece o direito estatuido.

---

(\*\*) Cfr. respectivamente: Profs. PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA: *Noções elementares de direito civil*, vol. I, pp. 144 e 145 (1.ª ed.); Prof. CABRAL DE MONCADA: *Lições de direito civil*, vol. I, p. 198 (3.ª ed.); Prof. MANUEL DE ANDRADE: «Evolução do direito privado português», in *Bol. Fac. Dir.*, vol. XXII, p. 254 e ss. Registe-se também, com posição própria sobre o assunto, CONSTANTINO DE MENEZES CARDOSO: *Justiça material e Justiça formal*, Lisboa, 1959, p. 39 e ss.

#### 45. *Justificação da auto-integração.*

São problemas diferentes o que consiste em apreciar o fundo desta opção, e o que consiste em ajuizar dos termos que o legislador escolheu para exprimir na lei a solução que adoptou. Quanto ao fundo, a solução do Projecto merece a nossa inteira concordância. Quanto à forma, entendeu-se dever adoptar-se a ficção do juiz-legislador, artifício literário que nos parece defeituosíssimo.

Quanto ao fundo: a solução consagrada no Código de 1867 está certamente mais em harmonia com a concepção que faz radicar o direito numa necessária axiologia que lhe é anterior, e satisfaz-nos na medida em que postula o reconhecimento dessa axiologia, a qual está no direito natural, que o art. 16 explicitamente menciona. Mas não pensamos que a pesquisa integradora deva ir até aos confins que se situam fora do direito constituído. De certo um sistema não se pode simbolizar com a esfera imóvel e fechada de Parménides, mas não é ao intérprete que pertence a função de canalizar para dentro do sistema os juízos de valor ainda não incorporados. Essa é a função própria do legislador, e autorizar que a mesma função se exerça em níveis tão diferentes entre si, pode trazer o risco de quebras de coerência. Com isto não se confunde a função actualizante inerente à actividade jurisprudencial, a qual, como já vimos, se opera mediante a explicitação progressiva e que não carece de permissão especial.

Sob o ponto de vista prático da utilidade de uma ou outra solução perfilhamos inteiramente o aviso do Professor VAZ SERRA, na notável exposição feita em 1-10-1940, que contém importantes contribuições para o estudo dos problemas que nos ocupam. Diz-se aí:

«Não é lícito ao julgador desprezar os juízos de valor do direito positivo. Mesmo quando o juiz tenha de recorrer ao direito natural e este seja havido como o que ao juiz se afigure preferível, a regulamentação ideal do caso, não pode ele abstrair das directrizes ou ideias que informam o direito positivo.

Pois que é ao legislador que compete, principalmente pelo menos, orientar a vida jurídica, e imprimir-lhe a coloração que melhor lhe parecer, não podem os juízos de valor que infunde na legislação ser negados ou ignorados pelo juiz.

Seria, por isso, inadmissível que o espírito das decisões judiciais se afastasse do espírito do direito positivo e que pudesse assistir-se ao espectáculo do legislador e tribunais, guiados por ideais diferentes, sancionarem soluções insusceptíveis de conciliação razoável.

O princípio da obediência à lei compreende o respeito, em tanto quanto seja possível, dos juízos de valor ou directrizes que ela contém. De modo que o julgador não deverá observá-los apenas quando no domínio da actividade propriamente interpretativa, mas ainda quando, sendo omisso o caso, tenha que recorrer à integração, hipótese em que os juízos de valor da lei exercem o que já se chamou uma acção longínqua. Esta exigência satisfaz também a necessidade de certeza e segurança jurídica, porque, limitando o arbítrio do julgador e levando-o a orientar-se pelos juízos de valor da legislação, facilita uma jurisprudência uniforme e previsível.

A importância deste limite é particularmente grande nos Estados modernos que, como o nosso, tomam posição em relação a muitos problemas da vida e da sociedade, que anteriormente se entendia não lhes interessarem» (\*).

Até que ponto a subordinação a juízos de valor objectivados é preferível, sob o ponto de vista prático, à subordinação dos juízos de valor a que se costuma chamar direito natural, é assunto que depende decisivamente da formação cultural do intérprete. A noção «juízos de valor legais» pode ser interpretada com grandes oscilações de amplitude. Esses juízos formam como que círculos concêntricos, que vão desde a *ratio legis* do preceito de aplicação bem delimitada, até ao juízo de grande generalidade, do tipo «função social da propriedade» ou «estabilidade da família» ou, num nível ainda mais abstracto, as conexões essenciais de carácter formal (\*\*). A função desses

---

(\*) *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, n. 1, p. 10.

(\*\*) A existência de juízos de valor puramente formais tem sido sustentada pelos cultores a lógica jurídica. (Cfr., especialmente, EDUARDO GARCIA MAYNEZ: *Los principios supremos de la ontología formal del de-*

juízos é a de manter a coerência sistemática na vida do direito, mas isto também é equívoco, e poderão alguns confundi-lo com a ideia bem diferente da certeza do direito. Só através da formação do jurista, ao qual se deve proporcionar uma concepção do direito em toda a profundidade dos estratos sucessivos que o compõem, será possível conseguir que a função prática da aplicação da lei seja, por si mesma, um gerador de coerência e de unidade do sistema. Enquanto a consciência do jurista reflectir a perspectiva de mosaico que o conhecimento empírico das leis fornece, todos os sistemas serão maus, no sentido de que nenhum deles poderá atingir o resultado pretendido.

#### 46. *A ficção do juiz-legislador.*

O princípio da auto-integração é consagrado no n. 3 do art. 10 do Projecto sob a forma de uma ficção: a do intérprete-legislador. Como a actividade ali prevista é uma consequência da proibição do *non liquet*, trata-se da ficção do juiz-legislador.

A fonte directa da disposição foi o famoso art. 1 do Código Suíço, cujos termos são os seguintes: «*à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence*».

A ideia de que, perante o caso omisso, o juiz substitui o legislador, vem já no texto aristotélico da *Ética* a Nicómaco. No capítulo consagrado à equidade propõe-se precisamente esse método para a integração das lacunas: «Quando a lei se exprime para a generalidade dos casos, e posteriormente se produziu algo que contraria essas disposições gerais, é normal

---

*recho y su expression simbólica*, México, 1953, e «Los principios generales del derecho y la distinción ente principios jurídicos normativos y no normativos», in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, I, Padova, 1958, p. 227 ss.

preencher a lacuna deixada pelo legislador, e corrigir a omissão imputável ao próprio facto de ele se ter expresso em termos gerais. O próprio legislador, se estivesse presente, assim faria, e se houvesse previsto a coisa, teria introduzido precisões na lei» (89).

A aproximação do texto suíço com o pensamento de Aristóteles já tem sido feita (90), e afigura-se-nos significativa porque através dela se pode discernir a tomada de posição, por parte do nosso legislador, numa questão fundamental, que é a da própria natureza do direito; ao idealismo platónico, que vê no juiz um representante da Ideia da Justiça, substitui-se o logismo aristotélico, que o considera um servidor da lei, cujas lacunas preenche por um processo de dedução lógica, aplicando princípios gerais a casos particulares.

Pelas razões já expostas perfilhamos o fundo da solução adoptada, na medida em que ela não possa ser entendida como um repúdio da ideia da unidade ontológica do ordenamento. Mas a forma que o legislador utilizou peca por falta de originalidade e por falta de clareza.

A falta de originalidade conclui-se do simples facto de se ter ido buscar à lei suíça de 1907 uma fórmula conhecida para a incluir na lei portuguesa de 1966. O legislador não deve determinar-se por pruridos de originalidade, mas deve proceder com autonomia, só copiando as formas alheias quando elas correspondem a uma verdadeira necessidade, isto é, quando constituam o único caminho para se dizer o que se pretende. Não é esse evidentemente o caso do art. 1 do Código suíço. O que se importou não foi a substância, foi a própria expressão literária.

A comparação do julgador do caso omissão com o legisla-

---

(89) *Ética a Nicómaco*, livro V, cap. X, n. 5.

(90) HANS NAWIASKY: *Teoria general del derecho*, trad. cast. da 2.ª edição alemã, Madrid, 1962, p. 203, citando TUOR, que não conhecemos; ZOLL: «Méthode d'interprétation en droit privé positif», in *Les sources du droit*, citado, vol. II, p. 438.



dor é apenas um artificio estilístico, uma maneira de dizer; o que se intenta exprimir é que, na sua decisão, o juiz continua ligado por aquele conjunto de juízos de valor em harmonia com os quais o legislador ditou a lei. O Professor MANUEL DE ANDRADE dizia isso mesmo em Compostela, em 1944, num trecho a que não falta elegância literária, mas no qual a teoria do legislador hipotético, projectado do presente para o passado, tende a confundir-se com a do legislador histórico:

«O juiz não encontra a solução aprontada no sistema, mas há-de obtê-la dentro dele. Põe a norma que julgue melhor, mas sempre no pressuposto de serem boas as que estão na lei. Completa o sistema legal, onde se mostra que o legislador o deixou por acabar. Isto implica a ideia de ter de manter-se o *estilo* do sistema, a sua traça geral, a sua fisionomia típica. É como se no vosso maravilhoso Pórtico da Glória faltasse uma figura que o excelso lavrante deixasse por esculpir. Se houvesse que completar a obra, teria que seguir-se o estilo das restantes figuras, tal como o teria feito Mestre Mateo. Numa palavra e aplicando *el cuento*, há que integrar a lei como provavelmente o teria feito o próprio legislador» (21).

É manifesto que o exemplo não exprime com justeza o pensamento do ilustre professor; a integração não visa reconstituir na traça primitiva a obra passada e incompleta, e não existem preocupações estéticas ligadas a essa reconstituição (que antes é uma permanente reintegração) porque o direito vigente não é passado; mas em vez da imagem do pórtico podemos pensar na necessidade, trazida pelos novos tempos, de uma instalação eléctrica no interior da *catedral, domus Dei* e como tal presença perene. O resultado é o mesmo. O que se pretende é evitar contradições internas e falhas na coerência axiomática do direito. Para isso não há que falar no legislador histórico, mas sim, como se fez no Estatuto Judiciário, nos juízos de valor legais. A fórmula ali usada — «o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, *mesmo quando se trate de hipóteses não especialmente*

---

(21) *Bol. Fac. Dir.*, 22, p. 291.

*previstas*» — parece-nos portanto preferível à que vem proposta no Projecto, e oferece sobre ela a vantagem de não ter sido copiada de conhecida lei estrangeira.

A falta de clareza vem de que a resolução do caso omisso só muito superficialmente se parece com um verdadeiro acto legislativo, e a alusão, no texto legal, a essa vaga semelhança só pode servir para induzir em erro. A lei cria o direito, a sentença quantifica-o, isto é, recorta em função do caso concreto a disciplina jurídica aplicável em virtude do regime estatuído. Ora sob este aspecto a jurisprudência criadora, tal como o Projecto a admite, continua a ter muito mais o carácter judicial que o carácter legislativo. A decisão não pode criar novos juízos de valor, porque tem de se conformar com o espírito do sistema. No fundo, é ainda uma decisão baseada na analogia, embora de grau remoto (isto é, a sentença subsume a espécie omissa ao género muito vasto definido pelos juízos de valor vigentes). A comparação, que o texto logo sugere, do juiz com o legislador («a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar») só pode portanto atraíçoar a verdadeira intenção do preceito, insinuando que se trata de admitir a integração heterónoma, e encorajando audácias inovadoras quando é precisamente o contrário que se pretende.

## CAPÍTULO XI

### NORMAS EXCEPCIONAIS

#### 47. *Comparação com o art. 11 do Código Civil.*

A redacção preliminar integrava o preceito no art. 10 e dava-lhe a seguinte redacção:

*«As leis penais, assim como, em princípio, as normas excepcionais não comportam extensão analógica. Uma e outras, todavia, admitem interpretação extensiva».*

As alterações que vieram a ser introduzidas nas revisões posteriores foram profundas e significativas. Entendeu-se que o preceito justificava maior relevo e, por isso, foi separado o art. 10 e transformado em artigo autónomo; por outro lado ampliou-se grandemente o princípio que nele se enunciava, por forma a permitir-se não só a interpretação extensiva das nor-

---

\* *Texto do artigo:*

#### ARTIGO 11.º

(Normas excepcionais)

*As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais de ordem pública.*

mas excepcionais, mas também a sua aplicação por via de analogia.

O texto correspondente da lei anterior era o art. 11 do Código Civil:

*«A lei que faz exceção às regras gerais não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificamente previstos na mesma lei».*

Houve portanto uma alteração quanto ao regime de aplicação das regras excepcionais, cuja aplicação extensiva era proibida (pensamos que o era expressamente, apesar das argumentações que foram produzidas em sentido contrário) e agora passa a ser permitido.

Institui-se regime diferente para a interpretação extensiva e para a integração analógica, o que representa ter sido perfilhada pelo legislador a conhecida distinção entre os dois conceitos. Assim, os problemas que, em nossa opinião, terão de ser examinados são os seguintes:

- a) Valor da distinção entre interpretação extensiva e integração analógica.
- b) Legitimidade de interpretação extensiva das normas excepcionais.

#### 48. *Interpretação extensiva e integração analógica.*

Está realmente enraizada na nossa doutrina a distinção entre interpretação extensiva e integração analógica. O Prof. CABRAL DE MONCADA, resumindo o pensamento corrente, fixa a diferença nestas breves palavras: «na primeira, estendem-se as palavras da lei, até as fazer coincidir com o seu espírito; na segunda, estendeu-se ou amplia-se o próprio espírito da lei, até meter lá dentro o caso omissis»<sup>(92)</sup>. Ou, se-

---

(92) Prof. CABRAL DE MONCADA: «Integração de lacunas e interpretação do direito», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 7, p. 165.

gundo o conhecido brocardo: na extensão, o legislador (ou a lei) *minus dicit quam voluit*; na analogia, o legislador (ou a lei) nada quis dizer.

Formulada em tais termos a distinção parece evidente. Num caso existe lei, embora implícita; o intérprete limita-se a explicitar o comando já virtualmente estatuído. No outro caso, não há lei nem explícita nem implícita: a decisão é uma lei nova.

Mas esta evidência reside mais nas palavras do que nas realidades que as palavras traduzem; o problema torna-se extremamente complexo quando se reflecte sobre ele com mais atenção.

Na verdade, todo o comando jurídico constitui um enunciado com certa carga significativa e valorativa. Essa sua força normativa está dentro do preceito, é-lhe imanente. É uma força de comando que não existe *para* este ou *para* aquele efeito, mas que existe simplesmente, e tem de ser obedecida em todos os campos aplicáveis. Pode, evidentemente, ter havido uma espécie de destinação subjectiva, no sentido de que quem a enunciou pensou que aquela norma tinha uma certa direcção e se destinava a regular certo domínio e não outro. Mas essa destinação subjectiva não vincula nem limita o potencial normativo da norma. Este vale por si mesmo, e o intérprete revela-o precisamente através do confronto sucessivo dos casos com as normas.

Ou, expondo a mesma ideia por outros termos: a compreensão da norma contém (implícito ou eminente) o comando procurado. Mas esse comando não é ostensivo; e é confrontando a norma com o caso, ou o caso com a norma, que se descobre estar o caso incluído na *extensão* do enunciado legal, ou abrangido na sua *compreensão* significativa.

Ora isto passa-se tanto na interpretação extensiva como na analógica e, sob este aspecto, não é possível descobrir qualquer diferença: trata-se sempre, e apenas, de *explicitar a compreensão latente na norma*.

A doutrina jurídica recente tem, na verdade, enveredado

pele caminho de negar abertamente qualquer fundamento à distinção tradicional. Assim, BETTI dá-nos um sugestivo resumo do problema nesta página:

«O critério para distinguir, no plano teórico, a interpretação extensiva da analogia, foi procurado em três direcções: ou nos respectivos pressupostos, ou nos efeitos, ou na função. a) A respeito dos pressupostos, disse-se que, enquanto a interpretação extensiva pressuporia uma «vontade» efectiva do legislador, a analogia pressupõe a falta de toda a vontade. Mas sabemos já que ideia fazer dessa «vontade» como fundamento da extensão: o que torna possível a extensão não é a «vontade», nem efectiva nem presumida, mas a razão da lei. Mesmo que a «vontade», na sua actualidade de acto psicológico, fosse conhecido através de uma formulação inadequada que se trataria de rectificar, na interpretação das normas apenas isso se poderia tomar em consideração enquanto fosse conforme à *ratio juris*: se nos fosse revelada uma vontade não coincidente com a razão da lei, não seria a vontade mas a *ratio juris* que teria de se tomar em consideração. b) Quanto à diferença a respeito dos efeitos, sustenta-se que a interpretação extensiva estenderia a mesma norma, ao passo que a analogia conduz à formulação de uma «norma nova». Mas este motivo de diferenciação é fruto de uma visão superficial: com efeito, o que se atinge tanto num caso como no outro, é a disciplina de um caso não regulado de modo explícito por uma norma do direito positivo. E não faz grande diferença que tal disciplina se opere mediante extensão de uma norma já existente ou por uma máxima de decisão nova, afim no comum fundamento com a norma velha. Numa hipótese e noutra, há uma integração que torna explícito o que era implícito, mediante o mesmo mecanismo lógico assente sobre a identidade de *ratio*. c) A diferença não pode nem sequer consistir na função: em que a interpretação extensiva estenderia as palavras da lei, ao passo que a analógica lhe estenderia o pensamento. Na verdade, a simples extensão do significado de uma palavra é obra daquele escarecimento ampliativo a que se chama *interpretatio lata*, e não constitui uma modificação das leis, mas simplesmente uma explicação (precisamente um esclarecimento) da sua fórmula, como quando na palavra «alimentos» se entendem compreendidos, além do sustento, todos os bens e serviços necessários para a manutenção de uma pessoa. Nem é exacto falar em extensão do pensamento, visto que, se por pensamento da lei se entende a sua intrínseca lógica, a sua ideia, esta não se estende, mas integra-se e explicita-se: o que se estende é o alcance (e com ele a fórmula) da norma. E não se chega mesmo a ver

como se possa instituir uma diferença substancial entre interpretação extensiva e analógica» (92).

Esta opinião não é uma voz isolada. As investigações aprofundadas que recentemente têm sido feitas sobre o conceito de analogia, designadamente as de BOBBIO e de LUIGI CAIANI, conduzem a resultados muito semelhantes (94). E vários escritores que, nas últimas décadas, se têm ocupado da problemática da interpretação, pronunciam-se igualmente no sentido de negar legitimidade à distinção, introduzida pela doutrina tradicional, entre interpretação extensiva e aplicação analógica da lei (95).

Vimos que BETTI chega a mostrar espanto pelo facto de se ter tentado instituir uma diferença substancial entre os dois conceitos. A verdade é que tal diferença impunha-se necessariamente desde que se raciocinasse em função das premissas do pensamento clássico. E, embora isso nos afaste por momentos do comentário ao Projecto, não deixaremos de demonstrar esta afirmação.

Desde que admitamos raciocinar com base nos conceitos de *mens legislatoris* ou de *mens legis*, podemos dizer que o legislador (ou a lei) quis que a regra estabelecida funcionasse em

(92) *Interpretazione della legge*, p. 178.

(94) N. BOBBIO: *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938. O mesmo escritor veio a precisar o seu pensamento em *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960 (ligões ciclostiladas). LUIGI CAIANI: *Enciclopedia del diritto*, voc. «Analogia».

(95) Cfr., entre outros, GIORGIO LASSERA: *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1955, p. 99; GABRIELE MARZANO: *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955, p. 75; GIOVANNI GALLONI: *La interpretazione della legge*, Milano, 1955, p. 26; GIOVANNI FRANCHINA: *Il processo di formazione e de interpretazione del diritto*, Génova, 1956, p. 350; JOSEF ESSER: *Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, p. 235. Em sentido contrário, GIORGIO LAZZARO: *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, pp. 269 ss; M. S. GIANNINI: *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, pp. 516-550; ALESSANDRO BARATTA: «Mote in tema di analogia giuridica», in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962.

determinado caso, mas que as palavras atraçoaram esse seu *querer*, ficando àquem dele; há pois que interpretá-las extensivamente. Ou que o legislador (ou a lei) *não quis* que a regra se applicasse senão a um certo domínio; *destinou* a sua estatuição a certo campo de relações e só a esse; porém, igual razão existe para que a estatuição se applique num campo omisso: nessa identidade de razão, e não na vontade do legislador, se funda a analogia. Da diversidade dos fundamentos resultaria a diversidade substancial dos processos.

E do mesmo modo a distinção aparece fundada se raciocinarmos com base na alternativa *ex tunc* e *ex nunc*: se pensamos do caso para a norma, que aparentemente o não prevê, julgamos fazer algo de diferente do que sucede quando pensamos da norma para o caso. Quando, em face de um caso, pensamos numa determinada norma (naquela, e não em qualquer outra) fizemos uma eleição *a priori*, uma espécie de escolha intuitiva, que não foi ocasional. No fundo da intuição está a consciência de que tal norma, ou se refere precisamente ao caso, ou a uma zona de casos muito próxima, isto é, de casos juridicamente conexos com aquele para o qual buscamos o comando. Essa conexão (a *eadem ratio*) serve-nos para legitimar a applicação da norma ao caso, e falamos em analogia.

Mas se, pelo contrário; raciocinamos da norma para o caso, o ponto de partida é logo o de uma inclusão, igualmente *a priori*, do caso na extensão da norma. Partimos da hipótese de que ele se possa conter no seu domínio de applicação; e, se isso não é ostensivo, o que fazemos é dilatar a compreensão do enunciado até comportar o caso omisso. E é a isso que chamamos interpretação extensiva.

Como facilmente se vê, a distinção está pois em que a interpretação analógica vai da extensão para a compreensão (inclui o caso não previsto sob a significação normativa da lei), ao passo que a interpretação extensiva vai da compreensão para a extensão (amplia-se a compreensão da lei até que esta abranja o caso). A diferença está apenas no ponto de vista, e portanto não é substancial. E a circunstância, que logo apeterceria invo-



car, de que, de qualquer modo, num caso a lei quis e no outro não quis, só serve para nos fazer sair de uma das linhas da antinomia, para nos afundarmos na outra.

Devemos aliás esclarecer que expomos estas críticas, úteis para uma revisão do problema, mas elas não representam que tenhamos ideias definitivas sobre o assunto. Ele comporta mais de uma perspectiva, e talvez fosse possível equacioná-lo por outra forma: a do nível a que se situa, dentro do ordenamento, o comando ao qual se recorre em uma e outra destas formas de raciocínio.

O ordenamento jurídico tem de considerar-se não em superfície, mas em profundidade. A estrutura normativa não é linear: sob a sentença (que é a norma quantificada pelo caso) fica o expresso preceito que ela aplicou; para além desse preceito ficam regras progressivamente mais gerais que vão até aos princípios fundamentais do instituto considerado; e ainda numa zona mais profunda ficam os juízos de valor que no conjunto constituem a base axiológica em que alicerça o ordenamento. Ora a actividade interpretativa *lato sensu* (semelhante ao aprofundar de uma escavação que, através destes estratos sucessivos prossegue até à descoberta da fonte que permita resolver o caso) parece revestir modalidades diferentes consoante o nível em que se encontra a norma a aplicar, porque tal nível se reflecte na natureza da conexão norma-caso: ela pode proceder de uma recognição dos elementos que definem a espécie, ou de uma subsunção da espécie ao género; a primeira hipótese parece verificar-se na interpretação extensiva, a segunda na integração analógica.

Com a exposição destas sugestões não queremos convencer da justeza de uma ou outra posição, até porque, repetimos, das construções possíveis, ainda nos não fixamos definitivamente em nenhuma. O que pretendemos é sublinhar que o problema, bem longe de pacífico, está sujeito a vigorosa revisão doutrinária, e todas as conjecturas são possíveis sobre qual venha a ser a ulterior evolução das ideias.

Temos, portanto, de concluir que mais uma vez o legislador

consagrou, como se fora segura, doutrina discutível, e apoiou o preceito da lei nas areias movediças das ideias contestadas.

#### 49. *A aplicação das normas excepcionais.*

Foi com muitas hesitações e as mais expressas reservas que o autor da redacção preliminar formulou o preceito que constituía o n. 5 do seu artigo 10, e que a Revisão converteu em art. 11: «os especialistas não deixarão de ter palavra sobre o caso e depois se verá». Pretendeu-se dar sugestão, um *apunto* nesse sentido, sem pròpriamente se chegar a impor uma tal orientação. «Não ponho decisivo empenho nesta inovação, que tem contra si, não o desconheço, a autoridade do novo Código italiano». Ponderava-se ainda que por esta via se confiava aos tribunais «um poder de apreciação para cujo exercício eles não estão capacitados», concluindo-se que a solução para tal dificuldade era a de melhorar a judicatura, não a de cair na mecanização dos textos legais.

Não eram demais estas cautelas. A matéria apresenta as maiores dificuldades, não existindo entre nós uma segura elaboração científica acerca dos aspectos em que se desdobra. A passagem da regra proibitiva do Código Civil para um regime de permissão, embora condicionada, constituía uma inovação grave pela amplitude dos seus efeitos (através de um preceito menos prudente poder-se-ia alterar toda a sistematização do ordenamento). É evidente que isso exigia madura reflexão e justificava todas as reservas formuladas pelo Prof. MANUEL DE ANDRADE.

Na Revisão adoptou-se uma solução extremista, permitindo a aplicação, por via de extensão, das normas excepcionais, e autorizando-se a sua utilização normal como escopo de integração analógica. É solução que supomos não ter sido até hoje adoptada em qualquer outro Código Civil, e cuja gravidade não pode ser escondida.

A dificuldade do problema provém, ao menos em boa parte, da indeterminação do termo *excepcional* quando referido à regra de direito.

De modo geral, é excepcional tudo o que constitua excepção, isto é, desvio em relação a uma regra. Por isso mesmo a excepção não pode ser arvorada em regra: *exceptio est strictissimae interpretationes* ou, como se diz na linguagem corrente, as excepções não servem de exemplo <sup>(96)</sup>.

Mas em direito as coisas não são tão simples, porque não é sempre naquele sentido extreme que se emprega o termo *excepcional*. A excepcionalidade de um preceito apresenta graus, que vão desde aquilo que, a rigor, ainda não é excepção e melhor se deveria chamar norma especialíssima, até aquilo que constitui derrogação flagrante e nítida da disciplina geral instituída no conjunto das leis. Em ambos os casos é a especialidade da matéria que obriga à especialidade do regime, mas num caso há como que uma ilha normativa, noutra há uma quebra dos juízos de valor que definem a significação do sistema, há um direito particular estabelecido ao arripio da lei geral.

Essa contraditoriedade entre a norma referente à excepção e o regime normal pode ser mais ou menos intensa. O preceito estatuído perante uma emergência, com desapego de quaisquer considerações porque a todas se sobrepôs a necessidade que exigia solução, representa muitas vezes uma *anomalia grave*

---

(96) A doutrina que sustenta a aplicação extensiva das normas excepcionais baseia-se no facto de também estas terem a sua *ratio*. A extensão aos casos não previstos pode fazer-se no âmbito definido por essa *ratio*, isto é, quando em relação a tais casos se verifique a razão de ser da excepcionalidade. O argumento tem-se aplicado à interpretação extensiva mas não à extensão analógica, restrição que não parece muito justificada; tal limitação provém talvez de um pressentimento da falácia que está na base daquele raciocínio. Certamente que também para as excepções existe a raiz de uma *ratio legis*, mas não é legítimo considerar esta independentemente da *ratio legis* da excepcionalidade em si mesma. Declarar uma norma como excepcional implica a existência de um juízo normativo, um comando implícito, no sentido de que tal norma está em conflito com o juízo de valor que preside à disciplina do campo de relações dentro da qual a excepção se situa.

no sistema, uma interrupção na «linha de coerência lógica» que também tem carácter normativo, e que preside à regulamentação de um instituto ou até de toda a ordem jurídica. Por isso mesmo, a sua ampliação por via analógica constitui violação do direito positivo, porque o juiz não pode, por essa via, modificar os juízos de valor aos quais deve obediência.

A questão já se não configura com esse mesmo aspecto quando a extensão se exerça sobre os elementos não-excepcionais da regra (porque numa regra excepcional nem todos os elementos são necessariamente excepcionais), ou quando a regra excepcional não implica a derrogação dos valores admitidos em outras normas, limitando-se a estatuir com independência normativa numa matéria que, pela sua especificidade, não fica abrangida na zona coberta pelos valores que presidem à generalidade do ordenamento. E, entre estes dois extremos da escala, há uma série de situações intermédias em que é difícil decidir com objectividade onde termina o especial e começa o excepcional, distinção que tem de ficar entregue ao senso jurídico do intérprete.

Sendo estes os termos do problema, deverá o legislador permitir, ou proibir, a extensão do comando excepcional?

A resposta depende fundamentalmente da noção que se tenha de ordenamento jurídico. Numa visão sociológica, pragmática e agnóstica do direito, a solução está no primeiro termo da alternativa. Nesta concepção não se reconhece ao direito outra natureza que não seja a de um vasto ferramental para disciplinar relações. O campo de aplicação de cada norma é definido apenas pelo conjunto das funções que ela pode, eficazmente, realizar, e não há quaisquer juízos de valor que condicionem a aplicação. A chave ou a gazuza são instrumentos que servem para abrir a porta, e ambos são válidos na precisa medida em que consigam realizar com êxito aquele objectivo.

Na concepção que situa na raiz do direito uma axiologia, e que afirma que dessa raiz lhe advém a seiva essencial, o fim de cada norma é o de contribuir para o objectivo de implantar no seio da comunidade o respeito por uma escala de valores

cuja plena vigência se confunde com a ideia de Estado de Direito. Não se ignora que a gazuza possa ter utilidade prática, mas afirma-se essa utilidade não é tão grande como a do valor que está na base da proibição do seu emprego. E é preferível que o resultado prático se não atinja, a atingi-lo pelo preço da violação de um princípio que, por ser mais geral, tem de ser respeitado porque através dele se garantem interesses também mais gerais que o que se atingiria através da aplicação extensiva da norma excepcional.

Daqui decorre que o único regime que temos por coerente com a índole do nosso sistema jurídico é o da proibição, tal como constava do Código anterior.

Deve aliás advertir-se que o problema tem mais interesse no plano dos princípios do que no da actuação prática do juiz. Sob este último aspecto, os resultados não serão muito diferentes, quer se autorize quer se proíba. A indeterminação do conceito de excepcionalidade, e o facto de nas normas deste tipo haver sempre elementos que não são excepcionais, mas apenas especiais, permite ao juiz caracterizar como *especiais* e não excepcionais, os elementos analogantes, pelo menos na vasta zona de casos em que se não trate de excepções nítidas e flagrantes, ou excepções *stricto sensu*. Ora as normas especiais não são violações da substância normativa, mas apenas acidentes dessa substância, sendo portanto interpretáveis nos termos gerais. O problema é, pois, mais de princípios que de ordem prática; mas precisamente porque é de princípios, importa muito a solução que se tome em relação a ele.

A solução agora adoptada pelo legislador é a da permissão, quase incondicionada, do alargamento das excepções por via interpretativa. A invocação é formulada em termos que quase merecem ser apelidados extremistas. O Prof. MANUEL DE ANDRADE chamava a atenção para o exemplo, em sentido contrário, do Código italiano, cujo artigo 14 dispõe: «As leis penais e aquelas que abrem excepção às regras gerais e as outras leis, só se aplicam aos casos e no tempo por elas considerados». O texto do art. 10 do Anteprojecto brasileiro diz: «A lei, que

abre excepção a regras gerais ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica», e, entre as suas fontes, cita-se o direito português. A proibição é aliás da tradição constante do direito ocidental, sendo a permissão característica de outros sistemas, baseados em concepções da vida directamente opostas àquela que defendemos.

Parece-nos ainda que a solução consagrada no Projecto é contraditória com a obrigação, que no mesmo Projecto se impõe ao juiz, de respeitar os juízos de valor legais, ou o «espírito do sistema», o que é o mesmo. A contradição só desapareceria quando se entendesse que a faculdade de interpretação extensiva ou analógica tem por limite o espírito do sistema; mas é patente que então não se trataria de verdadeiras excepções, e o preceito careceria de razão de ser.

#### 50. *O limite da ordem pública essencial.*

Porque a dificuldade do problema não passou despercebida ao legislador, sentiu-se a necessidade de fixar um limite; e assim, na Redacção preliminar proibia-se «em princípio» a analogia com base na excepção. O carácter muito vago desta fórmula tornava-a inaceitável, porque os preceitos da lei comandam, não podem opinar «em princípio». Procurou-se, pois, definir o limite na redacção definitiva do Projecto e, para isso, inverteu-se a técnica: em vez da proibição em princípio, aceitou-se a permissão limitada. O limite é o de «as normas gerais correlativas conterem princípios essenciais de ordem pública».

A redacção tornou-se assim clara, mas agravou-se, a nosso ver, o erro de fundo, substituindo uma proibição vaga, mas doutrinalmente certa, por uma autorização que é contrária ao espírito do sistema.

O limite estabelecido situa-se na zona longínqua dos princípios essenciais de ordem pública, conceito que carece de nitidez.

A noção de ordem pública não é unívoca, e todos os autores que dela se têm ocupado salientam o facto de comportar diversas accepções. Parece tratar-se de um simples conceito

de relação, que se pode estabelecer entre níveis variáveis. No nosso ordenamento assinalam-se três valências distintas: limite da indisponibilidade (ou ordem pública de direito interno), limite da coexistência de normas procedentes de ordenamentos diferentes (ordem pública internacional do Estado Português, segundo a terminologia fixada no art. 22 do Projecto), e limite à aplicação dos estatutos pessoais ultramarinos. Neste último sentido significa que a necessidade de adequação dos estatutos às realidades socio-culturais que lhe estão na base tem por limite os valores essenciais que se apresentam como imperativos categóricos da consciência moral e da existência nacional (ordem pública essencial) (97).

A fórmula utilizada no art. 11 (princípios essenciais de ordem pública) parece sugerir que o legislador pretende referir-se à terceira daquelas acepções. Quando se trata de ordem pública interna, nunca o Projecto emprega o adjectivo *essenciais*: confirmam-se, por exemplo, os arts, 81, 182, n. 2, 192, n. 2, 271, 280, 281. Mas se fosse aquela a intenção do texto, o preceito assumiria um sentido paradoxal, porque é evidente que o direito positivo escrito nunca pode conter regras ofensivas daqueles categóricos essenciais.

De alguma outra realidade se trata, mais vigorosa que a simples ordem pública referida nos citados artigos, mas que não poderá ir ao extremo de se confundir com a ordem pública essencial, no sentido técnico que a expressão assume no nosso ordenamento. E aquele esforço de vigor que se traduz na palavra *essenciais* inclina a pensar que se trata de juízos de valor mais profundos e gerais ínsitos no sistema. A possibilidade de extensão das excepções fica assim com um âmbito larguíssimo, cuja perigosidade todos hão-de reconhecer.

Assim, e em conclusão, não se apreendem as vantagens que o art. 11 do Projecto possa trazer em relação ao art. 11 do

---

(97) Sobre as três valências do conceito de ordem pública no ordenamento jurídico português, v. *Lições de introdução ao direito*, do A., pp. 286 e ss.

Código Civil. Neste evita-se tomar posição quanto à discutida diferença entre interpretação extensiva e integração analógica: o assunto ficava à doutrina, e como se sabe esta fixou-se, no nosso País, e precisamente com base no comentário ao art. 11, na distinção das duas categorias. Por outro lado, em vez de falar em *normas excepcionais*, utiliza-se a expressão, muito mais delimitada, de *lei que faz excepção às regras gerais*.

Pensamos, pois, que o artigo deveria ser mantido, embora redigido por forma a fazer ressaltar a diferença entre o excepcional e o especial, porque é na confusão desses caracteres que se originam muitos dos abusos interpretativos em que nesta matéria com tanta frequência se incorre; e, principalmente, impõe-se corrigi-lo no sentido de não se permitir a ampliação das excepções a campos que não tenham sido expressamente previstos como domínio da aplicação das normas excepcionais.

### 51. *Declaração final.*

Nas intervenções orais realizadas na Ordem dos Advogados não foi possível passar além do art. 11, por absoluta falta de tempo. E também agora, ao dar ao trabalho a forma escrita, o mesmo motivo nos impede de incluir as poucas referências que tínhamos em mente dedicar aos arts. 12 e 13, que são os que faltam para concluir este comentário aos capítulos I e II do Projecto. Não se perderá muito, porque essas referências visavam, principalmente, aspectos formais, visto o teor essencial daqueles artigos não suscitar objecções de outra natureza.

Enfermam as páginas precedentes de muitos defeitos, e, entre muitos outros que poderão vir a ser apontados, dos de uma redacção apressada e os da deficiente documentação bibliográfica. Em Portugal não se tem, nos últimos anos, escrito muito sobre os problemas que ficam examinados, mas a bibliografia estrangeira é extremamente abundante. Só pudemos ler a pequena parte que fica referida no texto e nas notas; e isso serviu sobretudo para que nos apercebêssemos da vastidão da



tarefa que seria necessário empreender para que fosse possível apresentar um trabalho completo.

Não há dúvida de que os estudos jurídicos não devem fazer-se depressa. O tempo gasto na elaboração deste Projecto de Código Civil comprova-o suficientemente; mas a asserção é tão verdadeira para o trabalho legislativo como para o da respectiva análise. E os poucos meses de que podíamos dispor para a elaboração desta pequena apostilha explicam as muitas faltas que o leitor nela irá, certamente, encontrar. Ainda assim, pensamos que a sua publicação poderá ser útil; mesmo que se negasse merecimento a todas as objecções que fazemos, e que todas as sugestões viessem a ser rejeitadas, este trabalho terá servido para alguma coisa: para cumprir o que consideramos uma obrigação cultural.