

APOSTILHA CRÍTICA AO PROJECTO DE C. CIV.

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* ⁽⁵⁰⁾.

(50) 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 ⁽⁵¹⁾. E muito afim é a posição de

⁽⁵¹⁾ FRITZ SCHREER: *Die Lehre von der Rechtsinterpretation*, 1929, cit. in LUIS RECASENS: *Filosofía 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 Kelseneana 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, GARCIA MÁINEZ, J. CÁSTÁN, MARTINEZ 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 prespectiva 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 feticos consagrados em brocardos 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 emnente.

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 tudo 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 índole dos ordenamentos de tipo ocidental-romanista»⁽⁶⁶⁾.

(66) 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 indeligiável 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 tècnicamente 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, aplicando 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, atitude 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 interpretacion 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 registar-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 enèrgicamente realizado pelo juiz alemão» afirmou W. KISCH em 1934 ⁽⁶⁹⁾. 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». ⁽¹⁰⁾.

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 ⁽¹¹⁾. 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

⁽¹⁰⁾ KARL LARENZ: *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. cast., Madrid, 1942, p. 182.

⁽¹¹⁾ Citado em DU PASQUIER, *op. loc. cit.*

⁽¹²⁾ Citado em DU PASQUIER: *op. cit.*, *loc. cit.*

embaraçado, sem ousar concluir. À 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 coisa 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, apercibemo-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» ⁽¹²⁾.

É flagrante a semelhança entre o período final e o texto que figura na Anteprojecto: «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 ⁽¹³⁾.

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» ⁽¹⁴⁾. 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.

⁽¹²⁾ M. ANDRADE: *Noções elementares de processo civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1963, p. 30 e 31.

⁽¹³⁾ JEAN DABIN: *La technique de l'elaboration du droit positif*, Bruxelles, 1935, p. 235.

⁽¹⁴⁾ *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 ⁽⁷⁵⁾ 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 artifício destinado a dar maior liberdade ao intérprete. O que se quer significar não é que a solução da lei esteja certa, mas

⁽⁷⁵⁾ L. L. FULLER: «What motives give rise to the historical legal fiction», *Les sources du Droit* (Recueil d'études en l'honneur de François Gény), 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.ª 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 ENGEL, 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, abalar-se a uma interpretação correctiva, quando ela nitidamente se imponha para ser respeitada a verdadeira vontade legis-

lativa — 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.

J. H. SARAIVA

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 proscrição 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 hão-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 aplicável os casos análogos.
2. Há analogia entre dois casos sempre que no caso omissa 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» ⁽⁸⁰⁾, mas ao mesmo tempo apresenta-nos definições propostas por DERNBURG, DE DIEGO, FERRARA, VON THUR, GIANTURCO, DEL VECCHIO, ENNECCERUS, CAPITANT, DE CASTRO, CASTÁN, todas divergentes. Nos autores mais modernos podem colher-se várias definições, e, se algum carácter comum se pode depreender 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 omissio.

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

⁽⁸⁰⁾ *Metodologia 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 omissivo 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 omissivo 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. E 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 jurisconsulto 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 omissso 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, responder-nos 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 ocuparam 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 atitude 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 difícil compreender como se incorreu no erro: houve a preocupação de respeitar, tanto quanto possível, a redacção preliminar, mas não quis aceitar-se a consagração, que naquela 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 supletiva 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 omissio. 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 extensabilidade, 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 omissio, 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 omissio. A outra resposta manda-o sair do mundo jurídico, do direito definido. As estatuições, 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 ⁽⁸⁴⁾ — os valores do direito natural, as

(84) 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» ⁽⁸⁵⁾ 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 infrutífero, 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 espírito 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 du 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 omissio. 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 omissio. 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 MÔNCADA: *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 omissa, 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 entre 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» (99).

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-

(99) *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»⁽¹⁾.

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*

⁽¹⁾ 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 omissa 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 atraí-lo 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. Umas 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 excepção 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 omissa» ⁽⁹²⁾. 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 dixit 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 estatuido. 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. E 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

pelo 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 (lições 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 atraíam esse seu *querer*, ficando à quem dele; há pois que interpretá-las extensivamente. Ou que o legislador (ou a lei) *não quis* que a regra se aplicasse 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 aplique num campo omissa: 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 aplicação 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 aplicação; e, se isso não é ostensivo, o que fazemos é dilatar a compreensão do enunciado até comportar o caso omissa. 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 apeteceria 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 doutrinal, 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 ⁽⁹⁶⁾.

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, noutro 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 *anomia* 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 gaxua 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 gazua 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 doutrinariamente 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 acepções. 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 adjetivo *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. É 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.