

APOSTILHA CRÍTICA AO PROJECTO DE CÓDIGO CIVIL (*)

(Capítulos I e II)

por José H. Saraiva
Advogado em Lisboa

CAPÍTULO I

AS FONTES IMEDIATAS DO DIREITO

1. *Alcance geral do art. 1*

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

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 1.º

(Fontes imediatas)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

seus mais ilustres catedráticos, lhe prestou homenagem:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Referência às fontes imediatas do direito.*

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

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

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

Mas logo nas suas primeiras palavras o Projecto se afasta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O projecto definitivo dá ao preceito uma forma menos rígida:

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

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

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

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

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

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

5. O costume como fonte de direito privado.

A omissão foi aliás, nesse ponto, intencional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

do direito é um dos aspectos mais salientes da desagregação das concepções do formalismo jurídico ⁽⁹⁾.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. A definição de leis.

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

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

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

⁽¹³⁾ Cf. *supra*, nota 1.

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

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

Em 1963 podia G. BURDEAU escrever:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. *A referência às normas corporativas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(20) *Sulla stadualità del diritto*.

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

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

9. *Apreciação de conjunto do artigo 1.*

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

ASSENTOS

10. *Falta de conteúdo do art. 2.*

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 2.º

(Assentos)

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

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

CAPÍTULO III

VALOR JURÍDICO DOS USOS

11. *Apreciação geral do art. 3*

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 3.º

(Valor jurídico dos usos)

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IV

A EQUIDADE

12. *Apreciação geral do art. 4.*

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 4.º

(Valor da equidade)

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

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

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

O art. 4 é uma comprovação disto mesmo.

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

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

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

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

13. *Opinião global sobre o capítulo I.*

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

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

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

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

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

CAPÍTULO V

COMEÇO DA VIGÊNCIA DA LEI

14. *Objecções de forma.*

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

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

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

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 5.º

(Começo da vigência da lei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VI

A IGNORÂNCIA DA LEI

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

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

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 6.º

(Ignorância ou má interpretação da lei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16. A referência à má interpretação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VII

CESSAÇÃO DA VIGÊNCIA DA LEI

17. *Proibição da revogação por desuso.*

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 7.º

(Cessação da vigência da lei)

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

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

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

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

18. *Lei geral e lei especial.*

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

A primeira redacção era a seguinte:

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

A redacção adoptada foi esta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19. *Proibição da reprivatização.*

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

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

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

CAPÍTULO VIII

A OBRIGAÇÃO DE JULGAR E OS JUÍZOS DE VALOR LEGAIS

20. *Carácter judiciário do art. 8.*

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

* *Texto do artigo:*

ARTIGO 8.º

(Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21. As leis injustas.

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

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

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

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

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

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

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

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

22. *Os juízos de valor legais.*

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

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

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

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

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

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

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

23. *Regresso à pior solução?*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IX

INTERPRETAÇÃO DA LEI

24. Importância doutrinal do artigo.

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

É um artigo extenso, formado por quatro números corres-

ARTIGO 9

(Interpretação da lei)

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

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

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

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

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

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

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

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

(85) *Lezioni di processo civile*, p. 168.

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

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

Pretendemos, porém, chamar a atenção para o facto de não existirem, nos Códigos Civis dos outros países europeus, disposições semelhantes à do artigo 9 do Projecto. Por toda a parte se vê que, quando o legislador se refere aos métodos da interpretação, o faz de um modo muito genérico, sem impor opções doutrinárias. O Código Civil italiano foi um pouco mais longe ⁽³⁷⁾ mas não fez escola: J. ESSER refere-se-lhe chamando-lhe uma «bem intencionada, mas disparatada receita» ⁽³⁸⁾. O novo Código Civil português afastar-se-á assim das recomendações da doutrina, da orientação geral das legislações e da própria tradição definida pelas nossas leis anteriores. Esta singularidade talvez devesse ser, só por si, motivo para condenar a solução proposta; mas, também é certo que constitui

(³⁷) O artigo 12 das *Disposições sobre as leis em geral* que precedem o Código Civil italiano tem a seguinte redacção: «Na aplicação da lei não pode atribuir-se-lhe outro sentido senão aquele evidenciado pela significação própria das palavras, segundo a sua conexão, e pela intenção do legislador. Se um litígio não puder ser decidido por uma disposição expressa, tornar-se-ão em conta as disposições que regulam os casos semelhantes e as matérias análogas; se o caso ficar ainda duvidoso, decidir-se-á de acordo com os princípios gerais da ordem jurídica do Estado».

(³⁸) *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1941, n. 114, p. 151.

razão suficiente para uma meditação demorada do problema.

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

25. A justificação do texto.

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

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

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

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

«Apenas se teve o propósito de combater»

«Problema de tanta complexidade e transcendência»

«Tomar partido no velho pleito».

26. «O propósito de combater».

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

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

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

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

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

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

27. «Problema de tanta complexidade e transcendência»

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

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

(40) *Ensaio cit.*, 2.ª ed., p. 50.

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

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

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

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

Em 1948 a hesitação acentua-se, e escreve:

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

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 95.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, pp. 105-106.

⁽⁴³⁾ *Bol. Fac. Dir.*, 21, 290.

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

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

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

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

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

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

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

28. «Tomar partido num velho pleito».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29. *Colocação clássica do problema.*

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

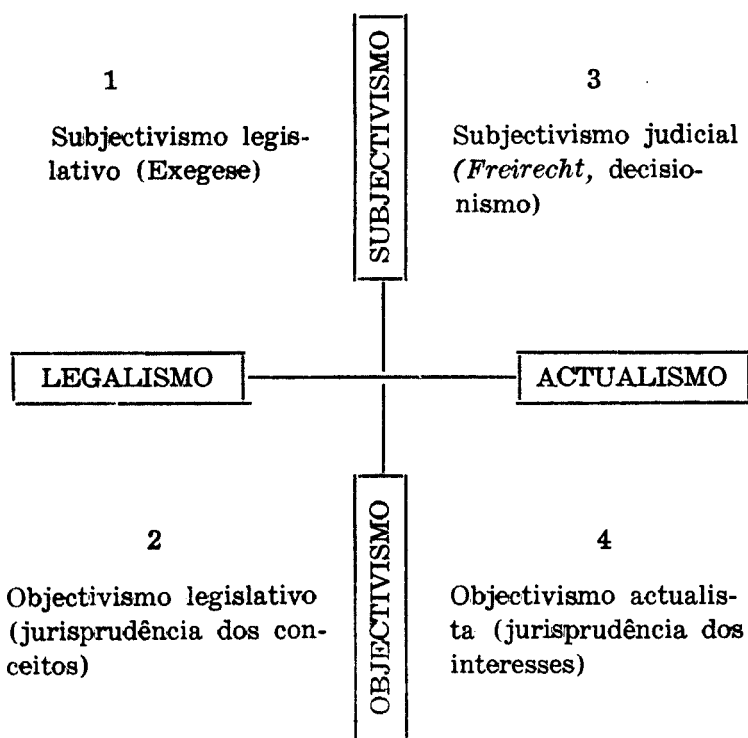
«O juiz não deve preocupar-se com procurar, obstinadamente, qual terá sido, há cem anos, o pensamento dos autores do Código ao redigir este ou aquele artigo, mas perguntar-se qual ele seria se esse mesmo artigo fosse, hoje, redigido por si». (48)

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

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

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

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



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

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

guração geral do problema interpretativo há cerca de meio século.

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

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

Todas essas correntes se devem pois hoje agrupar sob a

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

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

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

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

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

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

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

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