

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2011

SUB-TURMAS 4 e 6

Abreviaturas:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes); CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado); G T (Galvão Telles)

Casos práticos resolvidos sobre Integração de lacunas

Caso Prático n.º 1

Natália, a mais recente vencedora do euromilhões, decidiu realizar um dos sonhos da sua vida, que era adquirir um automóvel da marca *porsche*. Para tal dirigiu-se ao stand de automóveis, e escolheu o descapotável vermelho *porsche boxster S* (já se estava a ver a passear na ponte Vasco da Gama ao volante do seu vermelhinho!).

O vendedor do automóvel, António, insistiu na necessidade de escritura pública para a concretização da venda, atendendo a que os automóveis são bens sujeitos a registo e também muitos deles são bem mais caros que alguns bens imóveis. Natália, considera haver um excesso de forma se a celebração deste contrato de compra e venda for feita através de escritura pública, atendendo ao disposto nos artigos 875 e 219 do CC.

Quid iuris?

António, ao defender a necessidade da escritura pública pretende a aplicação do art. 875 do CC a este contrato. Todavia a previsão de tal artigo não está preenchida, dado que se refere a bens **imóveis**, por isso a sua aplicação tem por base a analogia legis. António pressupõe a existência de uma lacuna quanto à forma do contrato para a venda de bens **móveis** sujeitos a registo, lacuna essa que vai integrar com a aplicação da norma que disciplina a forma dos bens imóveis prevista no art. 875 CC. Chega inclusive, a apresentar uma suposta *ratio* do preceito para o justificar: a tutela de negócios que envolvem valores elevados e o facto de estes estarem sujeitos a um registo, o que evidencia uma similitude entre os casos.

O art. 875 do CC (ratio: promover a segurança no tráfego jurídico e levar as partes a ponderar devidamente se querem celebrar aquele negócio) é uma norma excepcional, pois contém uma disciplina oposta ao regime regra. Enquanto que para o comum dos negócios jurídicos o legislador prescreve a regra da liberdade de forma, como consta do art. 219 do CC, para a compra e venda de coisas imóveis exige-se uma forma especial. O art. 219 consagra a liberdade de forma da declaração negocial, salvo quando a lei exige forma especial.

Devemos agora indagar (seguindo a posição de Oliveira Ascensão quanto à aplicação do art. 11 do CC) se este art. 875 é uma norma formal ou materialmente excepcional (substancialmente). Para determinar se o art. 875 é materialmente excepcional temos de saber se contraria um princípio geral, o que acontece visto por em causa o princípio da liberdade de forma consagrado no art. 219 do CC. O art. 875 do CC é assim uma norma materialmente ou substancialmente excepcional por isso não pode ser aplicado analogicamente tal como decorre do art. 11 CC. Esta proibição significa que todos os casos que não sejam idênticos aos previstos pela regra excepcional devem ser considerados opostos e logo incluídos na regra geral.

Impedindo o art. 11 CC a aplicação analógica do art. 875 CC, aplica-se a este contrato o princípio geral da liberdade de forma do art. 219 CC, e como tal, António não tem razão.

Posições da doutrina acerca da interpretação do art. 11 do CC:

Como sabemos o art. 11 do CC admite a interpretação extensiva de normas excepcionais, mas **proíbe a sua analogia**. Discute-se na doutrina se a proibição da aplicação analógica de normas excepcionais é total, ou se, se, dirige apenas às normas excepcionais, cujas normas gerais correlativas contivessem princípios de ordem pública.

- O A / NSG entendem que no art. 11 a regra excepcional não se basta com a mera contradição de uma outra regra – **excepção** formal (depende apenas da técnica legislativa usada), mas exige um suporte mais sólido, isto é, uma contradição com os princípios gerais informadores de qualquer sector do sistema jurídico – um **ius singulare** – (verdadeiras normas excepcionais ou **excepção material/ substantiva**). Defende, por isso, que apenas não podem ser aplicadas por analogia as regras excepcionais cujas correlativas regras gerais contenham princípios de ordem pública. O A reconhece que é um processo falível e delicado, dependente de considerações valorativas, mas o método de determinação substancial é o que mais conforme com as fontes dado que não depende apenas da técnica legislativa usada.

- PL/AV: o projecto do CC chegou a admitir, como regra a aplicação analógica das normas excepcionais, só a não permitindo nos casos em que as normas gerais correlativas exprimissem princípios essenciais de ordem pública. Tal suscitou dúvidas sobre o seu resultado pratica de aplicação, pelo que foi rejeitado.

- Daniel Morais¹ : afirma que Pamplona Corte Real *rejeita a distinção entre normas formalmente excepcionais e substancialmente excepcionais, entende que para existir uma norma excepcional, definida como uma norma que particulariza e contraria substancialmente uma norma geral, tem de haver uma razão forte, que é precisamente o princípio no qual esta se apoia – todas as normas excepcionais são sustentadas por princípios gerais*, (Daniel Morais considera que isto também não é correcto), *tal como a norma geral, por isso o que a separa é o seu **campo de aplicação mais restrito*** (tónica da distinção assenta no seu campo de aplicação mais restrito e não no facto de contrariarem certa categoria de princípios). Segundo Daniel Morais parte da doutrina defende que posição O A gera dificuldades.

Caso Prático n.º 2

Foi disponibilizada no sítio da *Internet* da imprensa Nacional – Casa da Moeda uma lei que determinava, no respectivo art.4 a elevação da taxa do IVA para 40 % no que respeita à “venda de bebidas açucaradas.

Segundo uma circular assinada por um responsável da direcção Geral dos Impostos, a nova taxa deve aplicar-se à venda de “bolos, gelados, rebuçados, chocolates e produtos similares, uma vez que a razão da lei também os abrange: penalizar o consumo de alimentos que prejudicam a saúde”.

Quid Juris?

Resolução:

A lei em causa apenas incide, para efeitos de aumento da taxa do IVA, sobre a venda de bebidas açucaradas. Claramente não compreende os restantes produtos referidos na circular da DGCI, pelo que esta, estendendo a lei às situações não previstas, aplicou analogicamente a norma em causa.

Todavia a analogia não é permitida no direito fiscal. O art. 11 n.º4 da LGT dispõe que “as lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da AR não são susceptíveis de integração analógica”. O que decorre também do art. 103 n.º2 da CRP segundo o qual os impostos devem ser criados por lei. Esta solução justifica-se com o valor da segurança jurídica muito importante nesta matéria. Por isso entende-se que as lacunas são espaços que o legislador não quis disciplinar.

Deste modo a aplicação da taxa de 40% enferma de ilegalidade e até de inconstitucionalidade.

¹ Casos práticos resolvidos nº 39

Caso Prático n.º 3

Alexandra e Julieta no dia 20 de Maio de 2005 celebraram um contrato mediante o qual se constitui a favor da primeira o direito de fazer piqueniques semanais num prédio rústico de que a segunda era proprietária. Tendo convencionado neste contrato que o direito de Alexandra teria natureza real.

Decorridos 5 anos, Julieta vendeu o prédio a Charles, que exige que Alexandra deixe de o usar. O que esta contesta dizendo que: o seu direito sendo real, goza de eficácia absoluta, e por isso é oponível a qualquer pessoa. Em todo o caso, invoca ainda que, mesmo que assim não fosse, dada a semelhança com possíveis conteúdos de uma servidão predial, sempre gozaria da protecção conferida aos direitos reais.

Quid iuris?

Resolução:

Os direitos reais obedecem ao princípio do *numerus clausus* ou da tipicidade de acordo com o art. 1306 n.º1 do CC, isto é só gozam de natureza real os direitos que a lei preveja como tal. O direito de Alexandra usar o prédio para fazer piqueniques não se confunde com nenhum dos direitos reais previsto na lei portuguesa, pelo que teria eficácia meramente obrigacional e não seria oponível a terceiros.

Quanto ao argumento da suposta semelhança com a servidão predial – art. 1543 CC *encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente* – não parece ser procedente, pois sendo os direitos reais os enumerados na lei (enumerações são completas ou taxativas) o seu regime não se pode aplicar analogicamente a outras situações, sob pena de se alargar o que o legislador quis restringir (as tipologias legais são um limite à analogia).

Assim Alexandra não tem razão.

Caso Prático n.º 4

Tiago entrou sem autorização na garagem de Ricardo, apoderando-se do seu automóvel. Duas semanas mais tarde, arrependido, devolveu o veículo ao proprietário, embora com algumas amolgadelas.

Ricardo, procedeu a queixa criminal pelos factos descritos e um ano mais tarde, em sede de

juízo, Tiago foi condenado pela prática de

furto.

Porem o juiz atenuou especialmente a pena nos termos do art. 206 n° 3 do Código Penal, que prevê tal possibilidade se ocorrer uma restituição parcial da coisa furtada até ao inicio da audiência de julgamento em 1ª instancia. Na sentença, admitia-se que se verificara uma restituição da coisa inteira (embora com perda de qualidades), e não uma restituição parcial como prescreve a lei, mas consideraram-se as situações equivalentes.

Ricardo pretende recorrer da decisão, com fundamento em que houve uma aplicação analógica da lei penal, o que é proibido no nosso ordenamento jurídico.

Quid Juris?

Resolução:

A integração de lacunas legais por analogia é proibida no domínio do direito penal, mas somente quanto às **normas penais positivas**, isto é, as normas que definem os comportamentos que são crimes e estabelecem as respectivas penas ou medidas de segurança: art. 29 n° 1, 3 e 4 da CRP *exigem a previsão legal da incriminação e da respectiva sanção*. Também o art. 1 n.º3 do Código Penal “ *não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde*”. Com este regime visa-se prevenir os abusos de poder em matéria sancionatória particularmente delicada por tocar em direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Esta proibição da aplicação analógica vale apenas para as normas incriminadoras, isto é desfavoráveis ao arguido. O mesmo não se passa quanto **às normas penais negativas**, isto é as que prevejam causas de exclusão da ilicitude, bem como todas as normas cujo conteúdo seja favorável ao arguido. Nestes casos reconhece-se a possibilidade de analogia *in bonam partem*.

Por estes motivos, Ricardo não tem razão. A norma aplicada analogicamente permite uma atenuação especial da pena, ou seja tem conteúdo favorável ao arguido. E, em tais casos a analogia é permitida.

