

INTERPRETAÇÃO DAS LEIS. INTEGRAÇÃO DAS LACUNAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANALOGIA

Pelo Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão

1. A diferente função da lei

Em qualquer sistema jurídico haverá que perguntar qual a maneira prevalente de revelação das regras jurídicas.

Todo o Direito é emanção da ordem social. Dentro de cada ordem nos surgem as fontes do direito, como modos de formação e de revelação de regras jurídicas. Mas mesmo quando as fontes são idênticas, a sua posição relativa pode ser muito diferente de sistema para sistema.

Assim acontece quando confrontamos *common law* e *civil law*, ou sistema anglo-americano e sistema romanístico de Direito. Ambos têm lei e jurisprudência como fontes, ao menos potenciais, de Direito. Mas o significado de uma e outra em cada sistema é muito diferente.

Na realidade, o problema está em determinar qual a fonte que deve ser considerada básica, no sentido de ser a depositária dos princípios fundamentais de Direito de uma determinada ordem jurídica. Porque o Direito não é redutível a regras isoladas, representa necessariamente um sistema, travejado por princípios gerais. Onde residem esses princípios gerais?

No sistema anglo-americano. encontrar-se-iam nas decisões judiciais, que exprimiriam *common law*.

No sistema romanístico, nas leis.

Isto tem como consequência uma diferença fundamental entre o entendimento da lei, num e noutro sistema.

No sistema anglo-americano, as leis são excepções ao sistema jurídico comum; e não perdem esse carácter com a multiplicação do seu número. Vinculam nos precisos limites em que dispõem, não admitindo qualquer extensão do âmbito que lhes foi demarcado. Porque o que não couber na lei, cai necessariamente no *common law*.

Pelo contrário, no sistema romanístico as leis, não obstante a sua multiplicidade, formam um conjunto unitário. Nelas assentará antes de mais o repositório dos princípios fundamentais da ordem jurídica. Particularmente importantes são os códigos, leis que se caracterizam justamente por unificar sistematicamente um sector da ordem jurídica à luz de princípios gerais.

Esta contraposição é da maior importância para o tema que somos chamados a versar. Um Código é antes de mais um repositório de princípios gerais. Um Código Civil alberga os princípios gerais sobre toda a ordem jurídica. Enquanto o Código Civil de Seabra não for globalmente revogado, ele é o repositório de semelhantes princípios gerais. E entre eles encontra-se antes de mais o que respeita aos princípios fundamentais sobre as leis, na sua interpretação e aplicação.

As diferenças assinaladas entre os sistemas romanístico e anglo-americano projectam-se na diversidade do estatuto que atribuem às leis.

São logo manifestação disto as *definições*, que representam exórdio frequente em leis anglo-americanas. Porque toda a lei é excepcional, cada lei demarca o próprio âmbito a que se aplica. As expressões utilizadas são definidas caso a caso, porque os conceitos valem apenas para aquela lei: são irrelevantes em qualquer outro contexto.

Esta maneira de proceder é aberrante no sistema romanístico embora, por mimetismo, algumas leis de países integradas neste sistema assim procedam. As definições legais são em princípio genericamente válidas, porque o sistema é uno. Por isso, não cabe a cada lei definir um conteúdo próprio: presume-se que recebe as noções comuns. Só haverá que definir se se quiser estabelecer a

noção comum ou, pelo contrário, afastar naquele caso particular essa noção comum.

2. O texto da lei e sua interpretação

No sistema anglo-americano, o manuseamento dos precedentes judiciais pela jurisprudência apresenta traços de maleabilidade que devem ser assinalados. Para além da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, as palavras usadas não são essenciais. Há que considerar a decisão na sua totalidade, para “abstrair” ou extrair dela o princípio juridicamente vinculante. E isso tem sido feito com a ductibilidade necessária para permitir estender velhas decisões a novos casos.

Diferentemente se passam as coisas quando há aprovação de lei, como texto cujo sentido é exprimir uma regra jurídica. Implica no sistema anglo-americano um desvio no modo de análise do material jurídico.

Como o texto é autoritariamente imposto, torna-se imutável. As palavras tornam-se as depositárias indispensáveis do sentido, ganhando a formulação rigidez. E representam também um limite à racionalidade na busca da norma estabelecida pelo legislador.

É sobre esse significante, representado pelo texto, que se deve fazer o trabalho da interpretação. Pois interpretar é extrair de indícios ou manifestações o sentido que permitem comunicar.

O art. 16.º do Código de Seabra refere esta matéria, simultaneamente com a relativa à integração das lacunas.

Estabelece ele: “Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos...”.

Deixemos a parte final. Interessa agora mencionar a previsão expressa daquilo a que se chama os elementos fundamentais da interpretação: o texto e o espírito.

Não nos vamos demorar na matéria da interpretação, pois é tema que não pode deixar de se colocar em qualquer sistema jurídico. Faremos apenas algumas observações parcelares.

Uma, é desde logo a de que a interpretação não se pode bas-tar nunca com o texto e o espírito da lei. Há um elemento essencial

que é a base de toda a interpretação: é a própria ordem social em que o texto se situa.

De facto, a lei vigora numa ordem social. As palavras da lei são indecifráveis se não forem integradas naquela ordem social. O espírito da lei é o que resulta dessa integração. Os chamados elementos lógicos da interpretação — histórico, sistemático e teleológico — só têm sentido à luz dessa ordem social.

Há que rejeitar a ilusão positivista de que a lei é auto-suficiente, e que a “norma” pode ser vista com abstracção da ordem social. Pelo contrário: a lei só logra ganhar sentido se integrada numa ordem social.

O direito é mais do que a lei. O direito é ordem da sociedade. A lei é um texto intencionalmente imposto para inovar na ordem normativa, mas que só se compreende como um trecho da ordem global em que é colocada. O todo repercute-se necessariamente sobre as partes.

Em Portugal, a matéria está hoje essencialmente regulada no art. 9.º do Código Civil de 1966. Este disciplinou aspectos fundamentais da interpretação.

Nomeadamente, marcou a prevalência do espírito sobre a letra da lei; mas colocou expressamente a letra como limite à busca do sentido, ao estabelecer: “Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso».

Fica assim marcado o limite, vasto, à busca do sentido. Por razões de certeza jurídica, esse limite não poderá ser excedido. Ainda que sejam persuasivas as razões avançadas em contrário, tendentes a provar ilogismo, desacerto ou mesmo lapso do legislador.

3. As lacunas

Porém, mesmo no sistema romanístico nunca as leis poderão conter tudo. E isto muito para além do que resulta do seu carácter fragmentário, e mesmo afastando a coloração de “excepção” que lhes é atribuída no sistema anglo-americano.

A mente humana não é capaz de contemplar toda a realidade. As previsões legais, por mais pormenorizadas, são com frequência ultrapassadas pela realidade: a vida é mais imaginativa que o legislador.

Até leis que são completas no momento em que são postas em vigor acabam por se tornar lacunosas perante a alteração de condições sociais.

O contrato de transporte, concebido para meios de tracção animal, torna-se insuficiente perante a tracção a vapor, o automóvel, o avião...

Para além disso, muitas vezes o legislador — por incapacidade ou por opção — deixa na lei lacunas intencionais. Pode isso ser consequência dos vícios das assembleias parlamentares: os acordos aparentes são com frequência acordos semânticos, que deixam pontos fundamentais por resolver. Mas também pode o legislador pensar que em determinados domínios ainda não sedimentados é prematuro impor a rigidez da lei. Deixa a lacuna aberta, intencionalmente, para que a prática encontre a resposta.

E a lacuna assume tal vastidão que um notável professor da Faculdade de Direito de Lisboa — Prof. M. Gomes da Silva — dizia que a lei não era uma colecção de regras: era urna colecção de lacunas. O que fica por regular é afinal mais do que aquilo que vem directamente previsto.

Vemos pois que a lacuna da lei é uma realidade fatal, e de ocorrência constante.

Mas a lacuna pode ser de duas categorias bem definidas:

- de previsão
- de estatuição (ou de mera estatuição).

Há lacuna de previsão quando um determinado caso ⁽¹⁾ não é contemplado por disposição legal.

Há lacuna de estatuição quando a lei, contemplando uma categoria de casos, não formula para esta a consequência jurídica.

Como proceder, em caso de ocorrência de lacuna?

(1) Ou mais precisamente, determinada categoria de casos.

No sistema anglo-americano, nada mais haveria a fazer. Se a lei não prevê, a sua função acabou. O problema deve ser resolvido pelo *common law*.

No sistema romanístico já não é, porém, assim. É possível, pelas forças da própria lei, chegar à solução de casos que a lei não regulou especificamente.

Esses métodos serão sucessivamente estudados. Mas há um pressuposto fundamental da sua aplicação.

É a própria existência da lacuna.

Lacuna não é tudo o que não está na lei.

4. A determinação da lacuna

Desde cedo a doutrina foi confrontada com a problemática da distinção da lacuna e da situação extra-jurídica.

É que não é imediata, perante uma omissão da lei, a inferência de que há uma lacuna.

Porque pode a matéria não estar regulada e não o dever estar. Ser matéria considerada pelo legislador alheia à disciplina jurídica. Na sociedade, são muito mais numerosas as relações de facto que as relações jurídicas. Se a lei não regula a relação entre padrinhos e afilhados, isso não quer necessariamente dizer que haja lacuna: pode ter-se querido deixar aquela relação fora do domínio do jurídico.

Como proceder então?

Devemos retomar a distinção entre lacunas de previsão e lacunas de estatuição, de que falámos há pouco.

Se há uma lacuna de estatuição, este problema não se põe. Contemplando o caso, a lei já se pronunciou pelo seu carácter jurídico. Então, o que é necessário é apenas determinar o regime que lhe corresponde. Veremos que, fora de hipóteses excepcionais, esse regime é sempre determinável.

Perante uma lacuna de previsão, porém, há sempre que começar por determinar se o caso deve ou não ser juridicamente regulado.

A este problema não responde a lei, por natureza: a lei é omissa. Responde o sistema jurídico. O sistema é mais que a lei e

resulta de muitos outros elementos que compõem a unidade final de cada ordem jurídica ⁽²⁾.

Por vezes, a resposta é relativamente imediata. A própria existência de casos análogos, juridicamente regulados, nos mostra que o caso deve ser juridicamente regulado. Assim, não é por a lei não prever o *franchising* que este deve ser considerado extra-jurídico, uma vez que é de mesmo índole de vários tipos legais.

Mas a afinidade com casos regulados pode não surgir. Nesse caso, serão já considerações valorativas que permitirão a resposta final.

Temos de perguntar, antes de mais, se o caso, por sua natureza, respeita ao Direito ou a outra ordem normativa — a religião, a moral, os usos sociais... Isto nos permitirá eliminar muitas dúvidas.

Mas, pela sua generalidade, esta indagação não permite resolver tudo. Há então que perguntar directamente se, em relação ao sistema vigente, a omissão representa uma falha ou não.

Com isto se chega à noção de lacuna. Não é toda a incompleição do sistema jurídico, mas sim *aquela incompleição que contraria o plano deste*.

É preciso, atendendo à índole e estrutura daquele sistema, que possamos dizer que se trata de matéria que falta, mas que devia lá estar. Porque a feição do sistema, como resulta das suas manifestações específicas, deveria abranger aquela situação. Sendo assim, a falta é uma anomalia; vai contra as orientações do sistema. Há então lacuna.

E isto põe a nu uma curiosa problemática, própria deste domínio.

Aparentemente, a detecção de lacunas seria prévia e independente da determinação do efeito jurídico que deveria caber à situação lacunosa.

Mas não é assim. A problemática do apuramento da lacuna cruza-se com a da determinação da solução jurídica.

⁽²⁾ Sobre esta matéria é fundamental a obra de Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. portuguesa), Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Porque se não pergunta, em abstracto, se um caso é ou não jurídico. Pelo menos frequentemente, suscita-se desde logo uma hipotética solução jurídica: e pergunta-se se, pelo ponto de vista daquela solução, o caso deve ser juridicamente regulado.

Bem pode assim acontecer que, quando estivermos em condições de dizer que há lacuna, estejamos igualmente em condições de dizer qual deve ser a solução do caso.

Não devemos exagerar esta conclusão. Nem sempre as soluções são unívocas: o raciocínio pode colocar-nos perante soluções em alternativa. Por outro lado, há as lacunas insusceptíveis de integração, de que já falámos ⁽³⁾. Mas a prevenção é importante para nos advertir que as distinções analíticas a que procedemos nem sempre correspondem na prática a uma seriação cronológica de fases.

5. A necessidade da integração

Detectada a lacuna, está meio caminho andado no sentido da solução.

Mas, acabamos de ver, a associação do raciocínio que leva a detectar a lacuna e do processo de solução não é fatal; pode em vários casos afirmar-se que há uma lacuna sem nenhum compromisso quanto à solução.

Temos por isso de investigar quais os métodos de preenchimento de lacunas.

Observemos que este itinerário não é tão estranho ao sistema anglo-americano como poderia parecer.

Também este, na realidade, se defronta com o problema das lacunas. Porque é impossível que todos os casos da vida estejam cobertos por leis ou precedentes judiciais.

Se um caso não é resolvido por lei, e não foi objecto de decisão judicial, aparentemente o juiz ficaria inibido de dar solução.

⁽³⁾ Cfr. Canaris, ob. cit., 43-44. que exemplifica com a falta de uma prescrição sobre o estatuto das obrigações em Direito Internacional Privado — na ordem jurídica alemã, bem entendido.

Teria de recorrer ao legislador. Mas enquanto ele não regulasse a matéria, o caso não poderia receber solução jurídica.

Este quadro seria inadmissível. Verdadeiras lacunas — distintas de situações extra-jurídicas — teriam de ficar sem solução, por nunca terem sido contempladas.

Nenhum sistema poderia funcionar em semelhantes termos. Sobretudo em dias como os de hoje, em que por todo o mundo assistimos a este paradoxo: os órgãos legislativos por excelência — os parlamentos ou assembleias legislativas — são caracterizados por uma notável impotência (e por vezes mesmo incompetência) legislativa, fora de assuntos que se caracterizam por emoção política imediata. Por isso, perante lacunas de lei, haveria por vezes que esperar séculos pelo remédio parlamentar.

O intérprete anglo-americano resolve o problema da lacuna através de um subtil jogo de “abstracções” e distinções.

Tendo verificado que se não trata de situação extra-jurídica, procura o precedente em que o caso se possa enquadrar.

Mas para o precedente ser aplicável, não é necessário que o caso seja idêntico. E necessário, sim, que a *ratio decidendi* seja a mesma.

O intérprete trabalha os precedentes, de maneira a conseguir extrair a *ratio* ou o princípio que trará a solução do caso. Irá desenvolvendo regras cada vez mais amplas, susceptíveis de enquadrar a situação. Chegará assim a princípios de *common law*, que pela sua extensão poderão dar resposta a grandes categorias de casos.

Desta maneira, sempre encontra modo de integrar as lacunas, mesmo na falta de situação directamente semelhante.

Vamos deixar porém os problemas de *common law* aos nossos colegas. Pode ser que o que dissemos traduza apenas a maneira deformada de ver de um jurista do sistema romanístico. De todo o modo, o importante é assinalar que o jurista do sistema romanístico procede, é verdade, de modo muito diverso; todavia, na busca de um princípio reitor para além da delimitação formal do caso, não se pode deixar de encontrar uma afinidade substancial de processos.

6. A analogia da lei

O primeiro e o mais importante dos processos de integração de lacunas da lei ⁽⁴⁾ é a analogia. A ele se refere o art. 16.º do Código Civil de 1867, ao prever a solução do caso omissivo “pelos casos análogos prevenidos em outra lei”.

A analogia não é um expediente, a que se lança mão para ultrapassar o obstáculo da lacuna. É um princípio básico das ordens jurídicas romanísticas.

Assenta na exigência fundamental da igualdade, por conduzir a um tratamento igual dos casos semelhantes. Manifesta-se em vários lugares do Direito.

A integração das lacunas é um dos afloramentos da sua intervenção. Se a lei, a propósito de um caso semelhante, resolveu de uma maneira, é natural que o caso omissivo seja resolvido da mesma forma.

Por isso, quando o caso *A* não está contemplado, mas o caso *B* o está, e é análogo ao omissivo, devemos regular o caso omissivo da mesma maneira, raciocinando “de semelhante a semelhante”, como tão expressivamente se dizia nas Ordenações do Reino.

De novo devemos distinguir lacunas de previsão e lacunas de estatuição.

Quando a lacuna é de mera estatuição, o esquema aplica-se com simplicidade. Se num caso análogo a lei ditou uma ineficácia, por exemplo, é natural que o caso em que a estatuição seja omissiva tenha também como consequência a ineficácia.

Mas as lacunas de previsão trazem outras dificuldades.

É que a semelhança de casos, de que se fala, não é uma semelhança exterior. Nada tem que ver com a semelhança sociológica, ou resultante da apresentação exterior dos casos.

A semelhança que interessa é a semelhança pelo ponto de vista da solução que foi estatuída.

⁽⁴⁾ Limitamo-nos as lacunas de lei, por ser o caso mais importante. Porém, embora havendo lacuna de lei, pode não se passar à analogia. Assim acontece se a situação for regulada por outra fonte de direito — o costume, por exemplo. O verdadeiro problema é assim o da integração das lacunas, pura e simplesmente, e não só o da integração das lacunas da lei.

O que se pergunta é se o caso *A*, que está omissa, é semelhante ao caso *B*, que foi regulado, de maneira que se lhe aplique a mesma solução. Portanto, se para a aplicação daquela solução as semelhanças são determinantes, prevalecendo sobre as diferenças.

Portanto: se há uma semelhança decisiva nas razões de decidir.

Pode até haver, não um, mas vários casos análogos; e as soluções desses casos serem diferentes. Há que verificar onde pesa mais a analogia, no sentido de impor que para o caso omissa a solução de um dos casos regulados seja a adequada.

É importante ter presente que analogia e identidade se excluem. O caso regulado tem semelhanças; mas também tem diferenças, senão o caso seria idêntico. Há que verificar se são semelhantes as razões que foram determinantes da solução do caso regulado. Só então há, juridicamente, analogia.

A verificação da analogia não é assim mecânica. Nem nada tem que ver com uma descrição exterior da situação. Antes, é sempre valorativa; supõe uma valoração, da qual resulta o juízo de semelhança dos casos pelo prisma da solução legislativa que se pretende aplicar.

7. Limites

O recurso à analogia tem limites. Uns são gerais à toda à integração de lacunas. Outros são específicos da analogia.

Nem sempre é possível aplicar a solução de um caso a outro caso. Pode essa solução depender de um processo ou meio que não é ampliável. Assim, por analogia, não podemos chegar a estudar o âmbito de um processo especial: os processos especiais são típicos, pelo que a eles só se poderá recorrer nos casos previstos na lei.

Na progressão, encontramos o limite representado pelas regras excepcionais.

Muitas vezes, quando a lei trata um caso e omite outro, o jurista interroga-se sobre a argumentação a utilizar. Pode chegar a conclusões opostas.

a) Pode dizer: se o legislador regulou assim este caso e não o fez no outro, isso quer dizer que a solução é privativa deste caso.

Aplica então o raciocínio *a contrario*: se a solução é privativa, então todos os outros casos deverão ser resolvidos de maneira oposta.

b) Mas também pode dizer: se o legislador regulou este caso assim e há um caso análogo, então o caso análogo deve ser regulado da mesma maneira que o caso previsto.

Perante estas duas orientações opostas, qual preferir?

A segunda, sem dúvida. O grande princípio é o da analogia. Se os casos são semelhantes, deve-se entender que são regulados semelhantemente.

Porém, há verdadeiras *regras excepcionais*.

O facto de uma regra ser excepcional traz justamente a consequência de não poder ser estendida por analogia. Se concluirmos que o legislador quis estabelecer, para determinado caso, uma solução específica diferente da estabelecida em geral, necessariamente temos de concluir que essa solução não pode ser estendida a outras situações.

A excepcionalidade da lei pode resultar da declaração do próprio legislador. Mas também pode ser induzida pela análise substantiva da regra. Se verificarmos que uma regra vai contra grandes princípios fundamentais da ordem jurídica, teremos de recusar a sua extensão por analogia. Estaremos então perante o *ius singulare* romano: funda-se em razões de oportunidade, que cobrem a falta de racionalidade da solução ⁽⁵⁾.

Há ainda outras proibições da analogia. A mais importante é a que atinge as regras penais positivas, pelo menos as que demarcam crimes e fixam penas. Nenhuma analogia é permitida a partir delas. Este é um dos pilares mais solidamente assentes no sistema romanístico, fundando o “princípio da legalidade”.

8. A analogia do direito

Mas a analogia pode levar-nos muito mais longe.

Examinámos até agora à hipótese mais simples: a de encontrarmos uma regra legal directamente aplicável ao caso omissio.

⁽⁵⁾ Por isso se definia o *ius singulare* como o que procede *propter aliquam utilitatem sed contra tenorem rationis*.

Mas, ainda por analogia, podemos chegar a resultados muito mais significativos, porque menos imediatos.

Já na analogia de lei, quando afirmamos a semelhança de caso omissio e caso regulado, afirmamos implicitamente um princípio que a ambos abrange.

Se caso omissio e caso regulado podem ser resolvidos semelhantemente, isso significa que ambos são emanação de regra ou princípio maior. Podemos exprimir este sinteticamente:

- a previsão é o máximo divisor comum de caso omissio e caso regulado
- a estatuição é a solução que a lei trouxe para o caso regulado.

Mas, por abstracção, podemos ir caminhando para princípios de âmbito sucessivamente maior. Não resultam já da comparação com um único caso, mas com categorias sucessivas de casos.

Dissemos já atrás que a lei se integra na ordem social, da qual retira necessariamente o seu sentido.

Acentuemos agora que as leis não podem ser vistas isoladamente. Integram-se num sistema.

Esta tarefa de construção jurídica permite vitalizar o corpo das leis. Não é um corpo inerte: é um sistema. E um sistema, como tivemos oportunidade de dizer, é necessariamente resultante da integração por meio de princípios fundamentais, que o percorrem, exprimem e unificam.

A própria lei é um sistema: há o sistema interno de cada lei. Mas todas as leis se integram num sistema: há um sistema de leis.

Quando assim fazemos, deixamos a *analogia legis*, ou analogia de lei. Fazemos *analogia iuris* ou analogia de direito.

A diferença é de grau. Vamos de abstracção em abstracção, atingindo princípios sempre de maior generalidade.

Mas essa generalidade permite justamente chegar a soluções que não seriam possíveis mediante a *analogia legis*. Casos que não encontram previsão directa semelhante acabam por ser abrangidos por regras de grande extensão.

No cume, encontram-se os grandes princípios jurídicos, particularmente os princípios formais, que não trazem imediatamente a solução material do caso. Seja o caso de princípios como a boa fé.

A valoração do caso concreto, à luz deles, permite muitas vezes encontrar a solução material adequada, não obstante a ausência de previsão específica ou até de lei directamente análoga.

Assim atingimos o máximo que se pode retirar do sistema. A racionalização a que este é sujeito permite, sem dedutivismo, alcançar muito mais do que o que ficou dito. Não se aceita o reducionismo da lei ao que nela é expresso: o sistema é utilizado em todas as suas potencialidades, porque o Direito é muito mais do que a lei.

Com isto se encontra solução para a quase totalidade das lacunas da lei. O sistema levou-nos para além do que as leis aparentam.

9. Os processos extrassistemáticos de solução

Mas a analogia tem um limite. Não pode dar tudo.

Sem ficção, não podemos pretender que todo e qualquer caso que se suscite encontre solução no próprio sistema.

Mesmo após o recurso aos princípios formais, há um resto persistente que se mantém. Surgem situações de todo novas, que escapam aos institutos conhecidos; problemas práticos sem paralelo; questões de técnica legislativa resistentes à valoração substancial; e assim por diante.

Isto significa que há um arrelizador resto que reclama resposta. E perante ele o sistema é impotente: a *analogia iuris* deu já tudo o que o sistema poderia dar.

Se o sistema cala, há que procurar a resposta fora do sistema. Se não há solução intrassistemática, só uma solução extrassistemática pode servir.

Manifestaram-se historicamente soluções extrassistemáticas. Assim, as Ordenações do Reino dispunham que os casos lacunosos seriam trazidos ao monarca, para os resolver.

O Código Civil de 1867 seguiu um caminho com visos de originalidade. O art. 16.º, para o caso de se não encontrar solução na analogia, determina que as questões “serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso”.

Reinou grande discrepância quanto ao entendimento deste preceito.

Num século positivista como o séc. XIX, a afirmação do direito natural, *mesmo constante da lei*, não poderia ser aceite por muitos. Por isso houve a tendência para a fuga para os princípios gerais do direito. Porém era arbitrário ler “princípios gerais do direito” onde se escrevia “princípios do direito natural”.

Por nossa parte, defendemos uma solução diferente. Baseou-se na distinção de dois trechos daquela previsão:

- 1) princípios de direito natural
- 2) conforme as circunstâncias do caso

1) Os princípios de direito natural são mesmo princípios de direito natural. Cabe a quem não aceitar o direito natural explicar doutra maneira o comando legal.

Mas não podem ser princípios *materiais* de direito natural. Perante lacunas que apresentarão necessariamente carácter marginal, não é concebível supor que o direito natural forneça uma regra específica. Só podem ser imputadas ao direito natural regras de grande generalidade, e nunca pormenores de regulação.

São pois os princípios *formais* de direito natural que se têm em vista: adaptam-se às situações novas. E entre esses princípios será muito particularmente relevante a Justiça. Que é um valor perene e o fim de toda a ordem jurídica.

2) Mas esses princípios aplicam-se “conforme as circunstâncias do caso”.

Este trecho é decisivo. A aplicação não se faz em abstracto, mas em concreto. Não se faz tendo em consideração categorias de casos, mas o próprio caso concreto a resolver.

É tendo em atenção as características do caso concreto que se chegará a uma solução.

Mas a solução justa do caso concreto tem um nome: é a *equidade*.

O art. 16.º, afinal, conduz-nos a uma solução equitativa. Procura-se na valoração de todos os elementos do caso concreto — nas circunstâncias do caso — a solução.

O método é necessariamente individualizador. À luz do valor justiça vê-se qual é a solução do caso concreto. Essa solução não é transponível para outros casos, porque as circunstâncias destes são

diversas. Perante cada novo caso, de novo terá de se fazer a recolha das circunstâncias e a consequente valoração à luz da Justiça.

O que o art. 16.º procura assim é a justiça do caso concreto.

Esta descrição da-nos já a noção das forças e fraquezas desta solução.

Porque se baseia na realidade intrínseca do caso, é uma solução individualizadora. Valoriza todos os aspectos do caso, permitindo chegar ao máximo de Justiça.

Mas o que é équo num caso não é transponível para outros, porque as circunstâncias variam sempre. Por isso, o critério tem dois inconvenientes principais:

- a) dificilmente a solução pode ser racionalizada, dada a especificidade da valoração que se requer. Torna-se assim difícil o controlo das decisões em via de recurso. Pela mesma razão, a solução está sujeita a desvios emotivos, se se não conseguir vencer a impressão resultante das circunstâncias concretas;
- b) não permite a construção de princípios que integrem progressivamente os espaços lacunosos, nada contribuindo para uma construção jurisprudencial do direito. Perante cada novo caso há que partir do zero.

Por estas razões, as ordens jurídicas modernas rejeitam o recurso à equidade, como critério último de integração de lacunas.

10. “A norma que o intérprete criaria”

O Código Civil português de 1966 virou-se para outra via de solução. No art. 10.º, depois de se regular a analogia, dispõe-se (n.º 3): “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

Vemos assim que o legislador começa por reconhecer abertamente a insuficiência da analogia para resolver todas as lacunas que se podem suscitar. Manteve a posição realista do Código de 1867, o que deve ser saudado.

Mas afasta-se na solução. Traz uma fórmula complexa, à primeira vista surpreendente, que exige um esforço de interpretação para a determinação do critério que consagra.

Começemos por perguntar quem é o *intérprete* a que se faz referência no art. 10/3 ⁽⁶⁾.

Tender-se-á a dizer que é o julgador. Mas os textos não facilitam este entendimento. Notar-se-á que a lei, que tão literalmente seguiu a lição do Código suíço, aqui justamente se afasta ao falar em *intérprete* em vez de juiz. Que a alteração não é casual, confirma-o o confronto com o art. 8/3, que refere já o julgador.

E efectivamente, há motivos ponderosos para se ter fugido à previsão deste. É que a vida do direito ultrapassa muito as suas manifestações judiciais. Mesmo onde a lei é lacunosa, o direito realiza-se na grande maioria dos casos através das apreciações concordes ou do consentimento das partes; e não se pode dizer que não foi por referência a uma norma que se actuou naquelas hipóteses.

Concluimos pois que o *intérprete* é toda e qualquer pessoa, do jurisperito ao mero curioso.

Mas então surgem problemas doutra ordem. Que valor objectivo tem a apreciação do *intérprete A* confrontada com a apreciação divergente do *intérprete B*? Que preenchimento de lacunas se pode dizer que se opera deste modo? O critério enunciado na lei para preenchimento das lacunas não nos irá conduzir a contradições insolúveis?

11. Antecedentes históricos

Para uma reconstituição do sentido do preceito parece-nos essencial uma indagação histórica. Porque as suas origens ultrapassam muito o art. 1.º do Código Civil suíço e são mais sólidas do que este.

Foi Aristóteles, no capítulo dedicado à equidade da *Ética a Nicómaco*, quem pela primeira vez procurou por via semelhante a solução deste problema. Prevendo a existência de lacunas e a

⁽⁶⁾ Na interpretação do art. 10.º/3 seguimos de perto o nosso *A integração das lacunas da lei e o novo Código Civil*, separata de "O Direito", ano 100 (1968), 273 e segs..

necessidade do preenchimento destas enuncia uma regra que é clássica, sob vários prismas, na ciência jurídica.

Eis, tanto quanto podemos apurar através de várias traduções, todas divergentes, o equivalente em português das suas palavras: “Por conseguinte, quando a lei dispõe de uma maneira geral e posteriormente se verifica um caso particular que escapa a esta regra geral, é legítimo — na medida em que a disposição do legislador é insuficiente e errónea dado o seu carácter absoluto — corrigila e suprir o seu silêncio, estatuidando como o faria o próprio legislador se estivesse presente e como ele teria prescrito na lei se tivesse podido conhecer o caso em questão” ⁽⁷⁾.

Como dissemos, esta matéria é desenvolvida por Aristóteles a propósito da equidade. Não interessa porém proceder à difícil reconstituição do sistema deste autor, elaborado em momento em que os pontos de apoio sociológicos eram muito diversos dos actuais. Também Aristóteles é fonte fecunda de inspiração e não modelo para imitação servil.

Vejamos antes quais as utilizações que da fórmula foram feitas, no domínio que nos ocupa.

A mais importante é a que se encontra no Código Civil suíço. O legislador suíço inspirou-se claramente nela mas, agindo na base de um subjectivismo bem suíço, deturpou-a. Agora não se fala já na norma que o legislador criaria se houvesse previsto o caso omissio, mas numa solução dada pelo juiz “selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur” ⁽⁸⁾.

É evidente o acento subjectivo desta fórmula. Note-se que a preocupação de obstar a um subjectivismo judiciário se manifesta fortemente na própria doutrina suíça. Assim, Tuor dá o predomínio exclusivo a elementos de ordem objectiva ⁽⁹⁾. Mais caracteristicamente ainda, opina Nawiasky que o juiz deve buscar a norma que, segundo a sua convicção sincera, o *legislador* teria estabelecido se tivesse tido conhecimento da lacuna ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Livro V, cap. X (ou cap. XIV).

⁽⁸⁾ Este preceito foi reproduzido literalmente no art. 1.º do Código Civil turco de 1926.

⁽⁹⁾ *Le Code Civil Suisse*, trad. francesa da 4.ª ed. alemã, Zurique, 1942. § 5, IV.

⁽¹⁰⁾ *Teoria general del derecho*, tradução espanhola da 2.ª ed. alemã, Pamplona, 1962, § 10, n.º 10.

Todavia, nada disto impede que tenhamos de anotar uma divergência profunda entre a fórmula aristotélica e a acolhida no código suíço.

Aqui, surgem os problemas derivados de o juiz ser simultaneamente o actor e o critério nesta tarefa de preenchimento das lacunas. Pelo contrário, em Aristóteles estas funções eram nitidamente separadas. O intérprete não dava o critério de valoração; o intérprete era o *medium* que permitia a vinda à luz de uma solução que faltava, mas o critério de valoração estava fora dele. O critério seria dado por aquilo que o legislador faria se houvesse de se pronunciar sobre casos daquela índole.

Sobrevém o código português e poderia pensar-se que este ainda vai mais longe no seu subjectivismo: o recurso ao intérprete seria o seu índice. Pode ver-se até uma progressão na escala subjectiva: onde Aristóteles coloca como padrão o legislador, o código suíço coloca o juiz e o código português toda e qualquer pessoa. O subjectivismo teria atingido aqui o seu máximo.

E todavia, não pensamos que seja esta a solução que derive efectivamente da lei. Já atrás mostrámos que assim a lei portuguesa não teria sentido, pois a criação por um intérprete equivaleria à feita por outro. Mas para além disso propomo-nos demonstrar, primeiro, negativamente, que uma orientação subjectivista não se harmonizaria com o nosso sistema jurídico; depois, positivamente, qual o sentido da fórmula legal.

12. Entendimentos excluídos

Comecemos por esclarecer o campo de análise, enunciando três entendimentos que devem estar fora de causa.

1) O código não vem certamente, com esta fórmula, dar livre expansão ao *arbítrio individual*. Aqui como em todos os casos o intérprete está manietado pela presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas (art. 9.º/3).

2) Também não é para o *sentimento jurídico* que se apela. Este subjectivismo, que tornaria a solução dos litígios dependente “do que o juiz tivesse tomado ao pequeno almoço”, é excluído

quando no próprio art. 10.º/3 se acrescenta a referência ao acto de legislar *dentro do espírito de sistema* ⁽¹¹⁾.

3) Tão-pouco quis consagrar como critério a *equidade*: doutra maneira não se teria afastado da formulação dos códigos que recorrem a esta. Comprova-o o art. 4.º, que enuncia taxativamente as situações em que os tribunais podem resolver segundo a equidade, e não inclui entre elas a verificação de lacunas rebeldes à analogia ⁽¹²⁾.

Esta extensão tem particular interesse porque a fórmula do art. 10.º/3, como vimos, foi inspirada em Aristóteles, e este enuncia-a justamente no decorrer do estudo da equidade.

13. Rejeição da orientação subjectivista

Saneado assim o problema, perguntemos directamente se a lei portuguesa não consagra apesar de tudo uma orientação subjectivista, pela simples razão de que será o entendimento pessoal de cada intérprete que fornecerá o critério decisivo de solução. E que não estamos a emitir dúvidas deslocadas resulta da autorizada anotação de Pires de Lima e Antunes Varela a este art. 10.º Após terem afirmado que cabe ao intérprete criar o direito subsidiário, acrescentam: "Este sistema tem, teoricamente, o inconveniente de permitir disparidades de interpretações, já que diferem, necessariamente, os critérios de razoabilidade de homem para homem, mas tem a vantagem de, sobrepondo-se a concepções puramente teóricas, descer à realidade das coisas" ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Veja-se a crítica à *Dezision* como base do juízo, e a afirmação da sua irrelevância na elaboração jurisprudencial em Larenz, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*. na *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, pág. 9.

⁽¹²⁾ Cfr. Manuel de Andrade, *Fontes de Direito. Vigência. Interpretação e Aplicação da Lei* (publicado no *Bol. Min. Just.*, n.º 102), n.º 8 da *Exposição de Motivos*.

⁽¹³⁾ *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1987, *sub art.* 10.º Os ilustres autores terão assim abandonado a posição que enunciaram no domínio do código anterior: "A lacuna não deve ser preenchida de harmonia com a solução que o julgador adoptaria, se porventura dispusesse de poderes legislativos; mas de acordo com a solução que se presume seria adoptada pelo próprio legislador, se ele tivesse previsto o caso omissio" (*Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra, 1965).

Pensamos que várias considerações nos devem levar a pôr em dúvida a admissibilidade deste entendimento. É um ponto que merece uma referência mais longa, quer pela ambiguidade da lei quer pela autoridade de quem se pronunciou. Vamos indicar as razões que nos levam a crer que esta orientação é incompatível com outros elementos da nossa ordem jurídica.

Parece-nos decisivo o que está ligado à hierarquia judiciária. Por meio de recurso, as decisões dos tribunais inferiores são sujeitas a tribunais superiores. A nova legislação não veio trazer nenhuma excepção a este esquema para os casos em que o juiz deparou com a *lacuna rebelde à analogia* ⁽¹⁴⁾. Ora o recurso tem por base uma apreciação da correcção do primeiro julgado, e não a sobreposição do subjectivismo do tribunal superior ao do tribunal inferior: realiza um controlo objectivo, da legalidade do primeiro julgado, e não um controlo subjectivo, pois que a ser assim mais valia entregar desde logo a decisão do processo ao tribunal de “opinião” mais forte. A existência de uma hierarquia judiciária alicerça-se na suposição de que há uma solução verdadeira, uma só.

Baseada nessa suposição, a lei contrapõe discricionariedade e jurisdição, e exclui do campo do recurso as decisões proferidas no uso legal um poder discricionário: a discricionariedade pressupõe sempre uma realização de interesses em que a inclinação pessoal do agente, ainda que nos limites da lei e na prossecução dos fins que lhe são próprios, é um elemento legalmente previsto e aprovado: não pode pois ser apreciada a correcção de uma decisão quando o elemento subjectivo é essencial. A jurisdição, pelo contrário, declara qual a solução jurídica do caso concreto, e fá-lo em objectividade: por isso a maneira como se decidiu pode ser reconsiderada pelo tribunal superior. Esta a bipartição que está muito claramente assente na ordem jurídica portuguesa, para além das discussões doutrinárias, e que exclui também uma interpretação subjectivista do art. 10.º/3.

Por isso ainda, o tribunal superior pronuncia-se sobre matérias lacunosas. Pode uniformizar jurisprudência nestas matérias. O que o tribunal superior é chamado a produzir é, não propria-

(14) Portanto, a lacuna que não foi superada pelo recurso à analogia.

mente um acto de vontade, mas uma declaração da solução correcta, que só por isso é retroactivamente relevante em todos os casos. Isto nos empurra de novo para a objectividade, e nos força a discordar da opinião anteriormente mencionada de que o sistema legal permite “disparidades de interpretações”. Não há mais disparidade que em qualquer outro caso em que seja necessário aplicar um critério formal à solução de um litígio; mas essa disparidade só existe na ordem do conhecimento, pois se pressupõe sempre que só há uma solução que esteja objectivamente correcta.

Daqui resulta antes uma orientação objectivista. E é natural que ela tenha sido tomada, pois ao legislador não poderiam ser indiferentes os perigos de um arbítrio judicial, que representaria um preço demasiado alto, se por ele se tivesse de pagar a fuga ao arbítrio da norma.

14. Generalização e primado da norma

Passando a uma determinação directa das incidências do novo texto sobre a situação doutrinária e positiva portuguesa, comece-mos por observar que se mantém a visão comum de que, mesmo na solução da questão lacunosa, se deve ter em conta o tipo ou categoria de casos em que se integra, ainda que com abstracção de características específicas de caso concreto.

A índole generalizadora da lei resulta já, negativamente, da limitada admissão da equidade, de que nos demos conta atrás. Mas resulta também expressamente do art. 8.º/3: “nas decisões que proferir, o julgador terá em conta todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito”. Quer dizer que mesmo o julgador deverá manter sempre a distância, ou seja, a perspectiva, em relação ao caso a decidir, para que a decisão proferida seja uma concretização de uma regra, e não a justiça do caso concreto. Esta previsão é universal, nada permitindo excluir dela a integração das lacunas rebel-des à analogia.

Mas não é apenas por força destes elementos que somos levados a concluir pela intenção generalizadora da lei portuguesa. A própria fórmula do art. 10.º/3 claramente o afirma.

Ela diz-nos que a situação é resolvida “segundo a *norma* que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar...”. Acentuaremos agora esta referência ao acto de legislar, com as suas implicações. Tomada em si mesma, ela seria imprópria. O preenchimento de uma lacuna em nada se assemelha à criação normativa: verifica-se de facto uma criação, mas no plano do caso concreto, não no plano das normas jurídicas. A afirmação, feita já entre nós, de que “cabe ao intérprete criar o direito subsidiário” ⁽¹⁵⁾ só pode conter uma metáfora, que se afigura pouco adequada.

A crítica fora feita por José H. Saraiva durante o estádio da discussão do Projecto: “a resolução do caso omissor só muito superficialmente se parece com um verdadeiro acto legislativo, e a alusão, no texto legal, a essa vaga semelhança só pode servir para induzir em erro. A lei cria o direito, a sentença quantifica-o, isto é, recorta em função do caso concreto a disciplina jurídica aplicável, em virtude do regime estatuído” ⁽¹⁶⁾. Não vemos como negar-lhe razão. O acto do juiz, mais correctamente, do intérprete, nada tem na realidade de legislativo, pois o processo actual de preenchimento de lacunas não toca o sistema das fontes do direito.

Simplesmente, o estádio dos estudos legislativos passou e a fórmula ficou consagrada. Agora temos de saber qual o seu sentido. Cremos que ela só pode traduzir uma intenção generalizadora: a referência à função de legislar é o elemento que decididamente aponta para a necessidade de elevar a perspectiva para além caso a decidir.

Mas não é apenas a intenção generalizadora que resulta deste n.º 3 do art. 10.º. Ele proclama também, consagrando a tendência doutrinária portuguesa, o primado da norma sobre a solução do caso concreto: é porque se determinou a norma que a solução do caso concreto se tornou possível. Fala-se efectivamente na *norma* que o próprio intérprete criaria, e é essa norma que resolve o caso.

Pode objectar-se que no preceito se faz referência a uma norma hipotética: é a norma que o intérprete *criaria*, logo é hipotética e não real.

⁽¹⁵⁾ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Anotado* cit., sub art. 10.º

⁽¹⁶⁾ *Apostilha Critica ao Projecto de Código Civil*, Lisboa, 1966, pág. 144.

Esta objecção acentuaria uma ambiguidade efectivamente existente. O texto do art. 10.º/3 teria valor como proclamação da exigência de uma consideração generalizadora do caso, mas a isso se limitaria a sua função.

Não cremos todavia que assim se esgote o conteúdo do preceito. A tendência generalizadora resultava já de outros textos legais ⁽¹⁷⁾. Se o legislador quis acentuar que a situação é resolvida “segundo a norma” não pode ter deixado de ter em conta o sentido que resulta das palavras utilizadas: qualquer que seja a função que se atribua ao intérprete, é sempre de harmonia com uma norma que se resolve a situação.

Temos aliás o precedente do Código suíço, que inspirou o nosso: independentemente de uma apreciação mais detida de seu alcance, vemos que quando ele diz que o juiz deve decidir *selon les règles* que ele estabeleceria se tivesse de legislar, sempre se entendeu que se previa o estabelecimento de uma norma pela qual se regularia o caso concreto ⁽¹⁸⁾. E os comentadores do nosso art. 10.º/3 que se pronunciaram sobre este ponto falam também categoricamente na criação pelo intérprete da norma ⁽¹⁹⁾.

Portanto, e limitando-nos ao ponto em análise, diremos que a solução do caso omissio não só se deve fazer por um prisma generalizador como ainda supõe, no desenho da lei, o primado de uma norma pela qual o caso é resolvido.

⁽¹⁷⁾ Na economia do próprio art. 10.º/3, a norma é que resolve. A criação pelo espírito do sistema surge como o processo de determinação da norma: é a orientação que se dá ao intérprete para chegar até à norma.

⁽¹⁸⁾ Castanheira Neves, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, 1967, págs. 309-12, reconhece que uma fórmula análoga à do Código suíço e com o mesmo sentido estaria consagrada no art. 10.º/3 (o autor refere-se ao Projecto do Código Civil, visto que então não se passara ainda dessa fase). Para Castanheira Neves, nestas fórmulas estaria implícita a exigência de que a decisão judicial se profira sempre na pressuposição de uma norma geral, o que critica como um postulado do normativismo. Pelo contrário, merece-lhe aplauso o Código do Vaticano, que não conhecemos, e que determinaria no seu art. 22.º que o juiz (?) “decide aplicando aquele critério que seguiria se fosse legislador”. Aqui mesmo a referência à norma se teria perdido, diz: fala-se simplesmente em *critério* (págs. 311 e 319).

⁽¹⁹⁾ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Anotado* cit., sub art. 10.

15. O agente e o critério da integração

Vejamos agora qual a função do intérprete na determinação dessa norma. Começemos por ter em conta a circunstância, atrás enunciada, de o direito se realizar predominantemente por via extrajudicial.

Pensamos que justamente esse acordo ou consentimento dos intervenientes, que se dá na maioria dos casos, nos indicia que há um fundo objectivo que serve de ponto de referência às apreciações das partes, em si destituídas de qualquer força vinculativa. Esse fundo objectivo é traduzido com felicidade através da parte final do art. 10.º/3: fala-se na norma que o intérprete criaria, se houvesse de legislar “dentro do espírito do sistema”. Ora, este elemento deve ser devidamente valorado, e a sua coordenação com a referência do mesmo preceito ao *intérprete* realizada com precisão.

Para isso comparemos as três fórmulas apontadas: a de Aristóteles, a do Código suíço e a do Código português.

Aristóteles recorre, tanto quanto é possível concluir da difícil conjugação dos vários elementos, a um critério objectivo: a lacuna deverá ser preenchida como o faria o próprio legislador ⁽²⁰⁾. Directamente, não se diz a quem incumbe a função do preenchimento de lacunas.

O *código suíço* atribui claramente esta função ao juiz, mas não dá nenhum critério para a sua realização: só diz que o juiz deve ter em conta a doutrina dominante e a jurisprudência. Esta ausência de critério traduz uma orientação subjectiva.

Comparado com o código suíço o *código português* tem uma feição que pode parecer mais subjectiva, enquanto recorre ao intérprete em geral, e outra que parece mais objectiva, enquanto intima este a proceder “dentro do espírito do sistema”.

⁽²⁰⁾ Castanheira Neves, ob. cit., págs. 317 e segs., vê no texto de Aristóteles uma pura manifestação da equidade, mas não se coloca em oposição com o entendimento que acabamos de enunciar. O que o preocupa é demonstrar que Aristóteles não faz apelo a normas jurídicas a que houvesse de subsumir os casos omissos — portanto, numa orientação radicalmente oposta àquela que é adoptada pela lei, como acabamos de verificar. Procura ainda explicar do mesmo modo os critérios de Kant e Stammler.

Na realidade, o antagonismo aparente supera-se se fizermos uma distinção de planos. A referência ao intérprete não pode trazer mais subjectivismo que no código suíço: quando muito significa que se recorre agora a outras pessoas, não que se lhes dá uma discricionariedade mais acentuada.

Esta mesma observação nos põe no encalço da distinção que nos parece essencial, entre:

- a *pessoa* que realiza a integração
- o *critério* que a essa integração deve presidir.

A referência ao intérprete preenche a primeira função; a referência ao espírito do sistema, a segunda.

Em qualquer dos aspectos a fórmula do código português é mais perfeita do que a do código suíço e representa um regresso, porventura inconsciente, a Aristóteles. No que toca à referência ao intérprete, vimos já atrás a sua justificação: as situações jurídicas são quase sempre criadas autonomamente, e a intervenção do juiz, a verificar-se, pressupõe uma prévia aplicação do direito substantivo. Aristóteles não referia especificamente este aspecto, mas parece ser o que se coaduna com a sua posição, que não traduz uma jurisdicionalização do direito.

O intérprete não é simultaneamente agente e critério desta criação jurídica, ao contrário do que se passa com o juiz no sistema suíço. O intérprete é o agente ou *medium* dessa criação, mas o critério está fora dele, e encontra-se na referência ao acto de legislar dentro do espírito do sistema. Também aqui há um regresso a Aristóteles: a referência à maneira como o faria o legislador representa apenas uma figuração antropomórfica do espírito do direito legislado. E porque essa referência pode criar confusões com a função legislativa, como vimos, a nossa lei adoptou-a falando mais vagamente no acto de legislar dentro do espírito do sistema ⁽²¹⁾.

(21) Há afinidade entre as expressões “espírito do sistema” e “juízos de valor legais”, já utilizada na lei. Preferimos a nova expressão, quanto mais não seja porque dá abertura. não só aos juízos de valor *legais*, mas aos de todo o sistema jurídico. Isso não impede que possamos aproveitar a elaboração de que aqueles juízos, que a jurisprudência dos interesses não pôde deixar de considerar, foram objecto, Cfr. sobretudo Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, I, 3.^a ed., Coimbra, 1959, págs. 218 e segs., com um entendimento objectivista destes juízos de valor.

Como dissemos, é feliz a referência do legislador ao espírito do sistema. É efectivamente este, e não o conjunto de soluções materiais, que permite encontrar uma solução para as hipóteses não previstas. Essa solução representa sob vários prismas uma criação, mas não uma criação discricionária: o intérprete deve procurar e descobrir a solução que corresponda ao espírito do sistema português. É um critério objectivo que lhe é fornecido: se ele não agir assim, a sua solução é incorrecta. Não procederemos porém a uma delimitação do que se pode entender por espírito do sistema ⁽²²⁾.

Concluindo: é só através da actividade do intérprete que se pode chegar a uma solução, mas essa actividade prescinde de preferências subjectivas para se realizar em plano de objectividade ⁽²³⁾.

16. Apreciação final

Se passarmos a uma breve apreciação deste ponto, podemos distinguir, no texto legal, a forma e o fundo.

A forma não é perfeita. Por um lado porque o legislador copiou a roupagem do art. 1.º do Código Civil suíço ⁽²⁴⁾. O facto de o conteúdo do art. 10.º/3 se afastar daquele modelo não tira sentido à crítica, apenas permite acrescentar que essa imitação era dispensável, pois para dizer coisa diferente era certamente possível e prestava-se menos a confusões empregar fórmulas diferentes também.

⁽²²⁾ Mas anotamos uma referência neste sentido, porque inteiramente conforme à ordem de ideias que estamos expondo: a de Dias Marques, na publicação do Código Civil de que é responsável. Diz: “o intérprete inspirar-se-á nos princípios filosófico-jurídicos que se encontram na cúpula da Ordem Jurídica — o espírito do sistema — para encontrar a solução”: 2.ª ed., Lisboa, 1968, *sub* art. 10.º.

⁽²³⁾ Nesta conexão merece ser salientada a busca de Larenz de “sinais itinerários” que permitam ao juiz orientar-se na criação jurisprudencial do direito, “para que esta possa ter a pretensão de objectividade, ou seja, de correcção”. Com este objectivo examina sucessivamente a “natureza do caso” (*Natur der Sache*), a “comparação das decisões”, uma “doutrina corrente”, as “regras gerais e princípios do todo jurídico actual” e a “ideia do direito”: *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*, em *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübinga, 1958. pág. 280.

⁽²⁴⁾ Neste sentido, José H. Saraiva, *Apostilha cit.*, pág. 142.

Por outro lado, a referência ao *acto de legislar* é também fonte de confusões, como se disse já. Se compreendemos que o código tenha querido desta maneira sublinhar a intenção generalizadora da tarefa de preenchimento de lacunas, e se aplaudimos que ele se tenha afastado da referência de Aristóteles ao que faria o legislador para falar mais apagadamente no acto de legislar dentro do espírito do sistema, lamentamos que não tenha ido até ao fim e suprimido este modo de dizer. O que está verdadeiramente em primeiro plano é a subordinação do intérprete ao espírito do sistema.

Sendo assim, poderia o comando ter-se expresso numa frase com esta estrutura, embora com estas ou outras palavras: “Na falta de caso análogo o intérprete resolve a situação de harmonia com a norma que corresponda ao espírito do sistema”. Traduzir-se-ia o mesmo conteúdo de modo mais simples e mais original, e cremos também que mais preciso.

Se esquecermos o que há de inadequado na formulação, devemos dizer que a orientação legalmente adoptada para o preenchimento de lacunas rebeldes à analogia nos parece de aplaudir. Acrescentaremos mesmo que nos parece preferível à constante do código anterior ⁽²⁵⁾.

Dissemos já que o texto do art. 16 do Código de Seabra tem de ser interpretado como impondo um recurso a certos princípios, que não podem deixar de ser princípios formais, ínsitos no Direito natural. Neste sentido, encontramos hoje o recurso aos juízos de valor do direito positivo, enquanto que no sistema anterior se deveria recorrer aos juízos próprios do direito suprapositivo. O facto de o próprio sistema positivo dever ser perpassado por estes juízos de valor suprapositivos não elimina o alcance da contraposição.

Em abstracto, poderíamos ser tentados a pronunciarmo-nos pela superioridade do sistema anterior, uma vez que os juízos de valor próprios do direito natural são necessariamente mais perfeitos que os do direito positivo. Todavia, devemos entrar em conta com razões de certeza que, definitivamente, nos levam a preferir o sistema actual. É que o espírito do sistema positivo, ou o conjunto de juízos de valor legais, por muito vagos que sejam, são sempre

⁽²⁵⁾ Em sentido contrário Castanheira Neves, ob. cit., págs. 327-328, mas por razões derivadas da posição particular que adopta e do sentido que atribui ao art. 16.º

alguma coisa de mais certo do que os princípios de direito natural. Estes têm contra si todo aquele lastro que envolve as disputas sobre o direito natural, e que não aconselha um recurso directo a este para solução de hipóteses que podem ser bem comezinhas, uma vez que só têm a caracterizá-las a circunstância negativa de não virem, directa ou analogicamente, reguladas por lei.

Estas mesmas considerações nos levam a descrever que a (relativamente) maior justiça que se obteria com o sistema anterior seja algo afinal de muito relevante. Não se vê que os casos que possam suscitar-se de lacunas rebeldes à analogia ofereçam uma necessidade de justiça tal que leve a afastar a normal preferência pelo sistema de direito já legislado. Da mesma forma que, quando se legisla, se prefere a directa solução positiva à solução natural que o caso possa hipoteticamente ter, também quando se preenche uma lacuna se prefere a inspiração no direito positivo à inspiração na ordem natural.