

princípio de que o legislador quis ser lógico e, se não o foi, é necessário corrigi-lo com prudência. Surge, neste caso, uma lacuna de colisão ⁽⁵⁾.

Importa referir, finalmente, que há quem recuse à interpretação ab-rogante o carácter de interpretação autónoma, porque mais não será que a interpretação restritiva levada até às suas últimas consequências ⁽⁶⁾.

64.6. Interpretação enunciativa

É a interpretação já não duma "fonte" do direito, mas duma norma jurídica e traduz-se no desenvolvimento ou exploração das suas virtualidades através do raciocínio e da intuição ⁽¹⁾.

Esta interpretação pode conduzir-nos aos seguintes resultados, que habitualmente se exprimem nas seguintes regras:

1. a lei que permite o mais também permite o menos (argumento *a maiori ad minus*) ⁽²⁾;
2. a lei que proíbe o menos também proíbe o mais (argumento *a minori ad maius*) ⁽³⁾;
3. a lei que disciplina um caso excepcional pressupõe uma disposição contrária para os casos não excepcionais ou comuns (argumento *a contrario sensu*) ⁽⁴⁾. A aplicação deste argumento é muito delicada e limitada: importa determinar, com segurança, se a norma interpretada é excepcional ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 181-182; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 429; e *infra*, § 65.2.

⁽⁶⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 181-182.

⁽¹⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit., 177; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., 186-188; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 258-260; CASTRO MENDES, *o.c.*, 254; CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação Jurídica*, cit., 367; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 468-472; e Paulo Ferreira da CUNHA, *o.c.*, 442-447.

⁽²⁾ Trata-se das leis permissivas. Vide *supra*, § 26.

⁽³⁾ São as leis proibitivas. Vide *supra*, § 26.

⁽⁴⁾ Trata-se das leis excepcionais. Vide *supra*, § 26.

⁽⁵⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 179; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 259-260; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 470-472.

Há quem recuse que a interpretação enunciativa seja outra interpretação, quer porque se trata de "pensar o pensamento da lei até ao fim", quer porque os seus critérios, sendo de pura lógica, pertencem às leis do pensamento abstracto que se acham na base de todos os juízos e raciocínios humanos ⁽⁶⁾.

SECÇÃO II INTEGRAÇÃO

§ 65. Lacuna

65.1. Noção. Determinação

Entende-se por lacuna a ausência duma norma jurídica que permita resolver uma situação da vida social que reclama uma solução jurídica ⁽¹⁾.

Para determinar se existe uma lacuna jurídica, importa, antes de mais, averiguar se se trata duma omissão ou vazio do ordenamento jurídico ou se a relação da vida social requer uma disciplina de natureza diferente: moral, religiosa ou de trato social ⁽²⁾. Nesta hipótese, estamos perante um espaço ajurídico (ou espaço livre do direito) e, portanto, não tem sentido falar-se de lacuna jurídica ⁽³⁾.

Porém, mesmo no âmbito do ordenamento jurídico é necessário ter cuidado porque nem todas as situações merecem ser consideradas lacunosas. Assim, quando o legislador utiliza cláusulas gerais ou conceitos normativos indeterminados, não estamos perante lacunas, mas afrouxamentos planeados da vinculação legal para que o juiz os ajuste às

⁽⁶⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 178; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 469-470.

⁽¹⁾ Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 223 e 226; CABRAL, DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 184; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., 194; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 260; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 434-435; e FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil. Introdução*³ (Rio de Janeiro-S. Paulo, 2000), 90.

⁽²⁾ Vide *supra*, §§ 2.1. e 4.

⁽³⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 364-366 e 369; Karl ENGISCH, *o.c.*, 225 e 228; CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 184-185; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 433-434; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 65-66.

circunstâncias particulares do caso concreto e às concepções variáveis da comunidade jurídica (4). Também não há lacuna quando o juiz afasta uma deficiência da lei, corrigindo-a. Neste caso, pode actuar *contra legem* "*corrigendi causa*", mas não age *praeter legem* "*supplendi causa*" (5). E há situações em que só é possível falar de "lacuna imprópria" ou de "lacuna político-jurídica": são as lacunas do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito (ou *de lege ferenda*) que só ao poder legislativo cumpre integrar através de reformas (6).

65.2. Espécies

As lacunas, que o ordenamento jurídico pode apresentar, compreendem várias espécies.

Segundo uma perspectiva, há lacunas:

1. voluntárias: a inexistência de disciplina jurídica é querida pelo legislador. Fala-se dum silêncio eloquente da lei" (1);
2. involuntárias: o legislador não previu o caso que reclama solução jurídica e, por isso, não elaborou a correspondente lei (2).

Noutra perspectiva, a lacuna pode ser:

1. da lei: ocorre no âmbito do direito legislado. Sucede, v.g., com as lacunas:
 - a) manifestas (ou patentes): a lei não contém nenhuma norma jurídica, embora, segundo a sua própria teleologia, a devesse ter (3);

(4) Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 224 e 227.

(5) Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 367; e Karl ENGISCH, *o.c.*, 222.

(6) Cf. o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro que, em obediência à nova Constituição, reformou o direito da família, consagrando a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento. Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 366-367 e 369; Karl ENGISCH, *o.c.*, 228; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 466-467; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 72.

(1) Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 363.

(2) Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 226.

(3) Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 370; e BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 196.

- b) ocultas (ou latentes): a lei contém uma norma jurídica aplicável a uma certa categoria de casos, mas não considerou situações especiais que constituem uma subcategoria, a que não deve aplicar-se. À primeira vista há uma norma jurídica e, portanto, não há lacuna. Porém, há situações específicas que exigem uma restrição, ou seja, a não aplicação daquela norma; por isso, abre-se um vazio, uma lacuna (4);
- c) de colisão: surge, quando várias normas jurídicas contraditórias disciplinam uma determinada situação e, na falta de um critério que afaste o conflito (5), nenhuma se aplica. Aquele espaço jurídico, à primeira vista duplamente ocupado, fica desocupado (6);

2. do direito: ocorre no âmbito (mais alargado) do ordenamento jurídico (7) que, não constituindo um sistema fechado, mas aberto e sujeito a uma evolução contínua, é susceptível de ser lacunoso (8). Trata-se, porém, do direito positivo, porque o direito ainda não positivado não deixa de oferecer a solução jurídica a todas as situações; de contrário, o direito anular-se-ia *ipso facto* a si mesmo (9).

Quanto ao tempo, podemos ter lacunas:

1. iniciais: podem ser conhecidas (lacunas voluntárias) ou ignoradas (lacunas involuntárias) pelo legislador. Nas primeiras, este não quis resolver a questão e preferiu abandonar a sua solução

(4) Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 370-371; BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 196-197; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 435-436.

(5) Vide *supra*, § 37.1.4.

(6) Vide Manuel de ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, cit., 114¹; e BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 196.

(7) Compreende, portanto, todas as fontes do direito e não apenas a lei. Vide *supra*, §§ 35.-42.; Karl ENGISCH, *o.c.*, 223; e GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 261.

(8) Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 368-370; e *supra*, § 43.

(9) Vide LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., 528 e 532; GARCIA MAYNEZ, *o.c.*, 353; BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 197-199; e FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 90.

à jurisprudência. Nas segundas, o legislador não teve conhecimento da situação ou pensou erradamente que já estava disciplinada ⁽¹⁰⁾;

2. posteriores: resultam de novas questões que, surgindo em consequência da evolução técnica ou económica, determinam a não aplicação duma lei que se tornou inadequada ⁽¹¹⁾.

Finalmente, em relação à estrutura da norma jurídica ⁽¹²⁾, podemos ter lacunas:

1. de previsão: traduzem-se na falta de previsão de uma determinada situação de facto;
2. de estatuição: manifestam-se na ausência de consequências que o direito atribui à verificação duma situação de facto ⁽¹³⁾.

65.3. Justificação. O dogma da plenitude do ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico é inevitavelmente lacunoso porque as suas fontes não podem contemplar todas as situações possíveis em que a vida se manifesta ⁽¹⁾.

Com efeito, já os jurisconsultos romanos advertiam que "*neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur*" ⁽²⁾. Também o legislador pode sentir útil ou conveniente deixar a decisão ao juiz. Por outro lado, a lei pode produzir consequências que o legislador não quis e, não devendo aplicar-se, resulta um vazio. E pode mesmo surgir uma contradição de

⁽¹⁰⁾ Vide KARL LARENZ, *o.c.*, 372.

⁽¹¹⁾ Vide KARL LARENZ, *o.c.*, 372.

⁽¹²⁾ Vide *supra*, § 24.

⁽¹³⁾ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 433; e MARCELO REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 67.

⁽¹⁾ Vide KARL LARENZ, *o.c.*, 358; KARL ENGISCH, *o.c.*, 223; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., 527-528.

⁽²⁾ *D.*, 1, 3, 10: "Nem as leis nem os senatusconsultos podem ser escritos de modo a que compreendam todos os casos que de vez em quando ocorrem".

leis ou no seio da mesma lei, que impede a sua aplicação e cria um espaço sem disciplina ⁽³⁾.

São numerosas as razões que explicam as lacunas. Referimos fundamentalmente duas:

1. a imprevisibilidade: a vida é tão rica e complexa que há situações imprevisíveis e, portanto, insusceptíveis de serem entendidas pelo legislador e disciplinadas *a priori* numa lei ⁽⁴⁾;
2. a intenção de o legislador não disciplinar determinada matéria: sucede, em regra, quando esta é ainda muito fluída e, por isso, é arriscado legislar sem o conhecimento mais completo da situação; quando o legislador prefere deixar, aos órgãos que aplicam o direito, a resolução de determinada questão; ou quando lhe falta a capacidade para encontrar a solução ⁽⁵⁾.

Do exposto compreende-se a inevitabilidade ou a fatalidade das lacunas. E, por isso, devemos recusar o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico que, como observou Manuel de ANDRADE, não passa duma "ficção", pois "tal doutrina consiste em afirmações totalmente gratuitas que se postulam como evidentes, sem demonstração nem mostração, mas que, em boa verdade, não resistem a uma análise despreconcebida" ⁽⁶⁾.

Com efeito, é um puro dogmatismo considerar que o procedimento analógico é susceptível de suprir todas as lacunas da lei, retirando do sistema jurídico as soluções que as situações da vida reclamam. O ordenamento jurídico não é um sistema fechado, perfeito, mas inacabado e sempre incompleto e, por isso, em vão se procurará nele todas as soluções jurídicas: a imprevisibilidade da vida e a necessidade e a utilidade, que

⁽³⁾ Vide LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 528; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.*, 377.

⁽⁴⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 184-185; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., 192; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 378; FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 90.

⁽⁵⁾ Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 192-193; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 377-378.

⁽⁶⁾ Vide Manuel de ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, cit., 108.

podem determinar o legislador a não legislar, são razões contra aquele dogma que hoje podemos considerar definitivamente ultrapassado ⁽⁷⁾.

§ 66. Integração

66.1. Noção. Necessidade

A integração é a actividade intelectual destinada a encontrar a solução jurídica para uma lacuna. O juiz actua *praeter legem*, "*supplendi causa*" ⁽¹⁾.

A sua necessidade resulta da *pax* social que o direito deve irrecusavelmente assegurar para permitir a convivência humana ⁽²⁾.

Interpretando esta exigência social, o legislador proibiu a denegação da justiça, determinando que "o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta (...) da lei" ⁽³⁾. De contrário, o juiz incorre em responsabilidade penal e civil ⁽⁴⁾.

66.2. Processos intra-sistemáticos

66.2.1. A analogia

66.2.1.1. Noção. Estrutura

A analogia é o raciocínio ou operação mental que, partindo de certas semelhanças observadas, conclui que existem outras. Funda-se na

⁽⁷⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 398, 438 e 478-482, Karl ENGISCH, *o.c.*, 225 e 251; CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 187-189; CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido*, cit., 96-97, 115 e 131-132; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 465-466; Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 72; e *supra*, § 43.

⁽¹⁾ Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 222; e CASTRO MENDES; *o.c.*, 259.

⁽²⁾ Vide *supra*, §§ 1.2.2. e 2.5.

⁽³⁾ Cf. art. 8.º, n.º 1, do Código Civil e o art. 3.º, n.º 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de Julho). Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 194; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 431 e 433.

⁽⁴⁾ Cf. art. 369.º do Código Penal e arts. 1083.º, n.º 1, al. *d*), e n.º 2, e 1093.º do Código de Processo Civil. Vide GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 261.

semelhança entre dois objectos e, por isso, supondo uma identidade tão-só parcial, a analogia não produz uma certeza absoluta, mas mera probabilidade.

Assim, se sabemos que os elementos *a*, *b* e *c* são comuns aos objectos *A* e *B*, poder-se-á, por analogia, concluir que o elemento *d*, que observamos em *A*, também pertence a *B*. Formalmente, o raciocínio analógico apresenta-se como um silogismo aparente, sem a força probatória do verdadeiro silogismo. Exemplifiquemos:

- premissa maior: a Terra contém seres vivos;
- premissa menor: Marte é análogo à Terra (tem de comum as propriedades *a*, *b* e *c*);
- conclusão: marte deve conter seres vivos ⁽¹⁾.

Trata-se dum raciocínio que já se entendeu concluir do particular para o particular ⁽²⁾, mas modernamente é considerado composto de indução (que permite obter um princípio geral que contém a *ratio* comum aos casos análogos) e de dedução (que realiza a conclusão analógica) ⁽³⁾.

Utilizada pelo pensamento jurídico, podemos definir a analogia (jurídica) como o raciocínio que, argumentando com a semelhança entre um caso omissis (lacunoso) e outro contemplado no ordenamento jurídico, estende àquele a solução deste ⁽⁴⁾.

Assim definida, a analogia constitui um prolongamento da interpretação extensiva levada até às suas últimas consequências: enquanto nesta se estende o significado literal, mas ainda coincide com o espírito

⁽¹⁾ Vide GARCÍA MAYNEZ, *o.c.*, 354-355; e Norberto BOBBIO, *L'Analogia nella Logica del Diritto* (Turim, 1938), 87-88. Para uma visão mais profunda da analogia, vide Fernando José BRONZE, *A Metodologia...*, cit., *maxime* 102-111, 171-233 e 418-594.

⁽²⁾ Assim davam a entender Santo ISIDORO (para quem "*analogia graece, latine similitum comparatio sive proportio nominatur*") e os Romanos (que usavam as expressões *producere ad consequentias*, *in argumentum trahere*, *procedere ad similia*, etc.). Vide LEGAZ Y LACAMBRA *Filosofía del Derecho*, cit., 536-537.

⁽³⁾ Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 234-235; LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 537; e CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 194.

⁽⁴⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 374.

da lei ⁽⁵⁾; naquela, a *mens legis* é impelida numa direcção que transcende o sentido literal. Vai-se mais longe ⁽⁶⁾, falando-se numa diferença não essencial, mas de grau ⁽⁷⁾ ou de "desenvolvimento contínuo da norma" ⁽⁸⁾.

Aliás, só no século XVIII, mais precisamente a partir de SAVIGNY, passaram a distinguir-se; até aí, os juristas do *ius commune* ⁽⁹⁾, que aliás ignoram a expressão *analogia* (na acepção moderna de argumentação lógica dirigida à integração de lacunas partindo do caso regulado para o caso semelhante não previsto), não distinguiram substancialmente os conceitos de analogia e de interpretação: falavam de *interpretatio* extensiva e de *extensio legis* e chamavam à analogia *argumentum a simili*, considerado o meio mais idóneo para realizar a extensão da lei ⁽¹⁰⁾.

62.2.1.2. Natureza. Fundamento

A analogia jurídica é um procedimento a que o pensamento valorativo recorre e, por isso, constitui uma operação mental simultaneamente lógico-formal (destinada a conhecer os elementos de facto) e (sobretudo) axiológica ou teleológica ⁽¹⁾.

⁽⁵⁾ Vide *supra*, § 64.3.

⁽⁶⁾ Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 239; LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 535 e 537; CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 190; CASTRO MENDES, *o.c.*, 263; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 262; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 436-437; e FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 92.

⁽⁷⁾ Vide Norberto BOBBIO, *o.c.*, 9; LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 535; Miguel REALE, *o.c.*, 293; e FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 92.

⁽⁸⁾ Vide CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal*, em *Digesta*, I (Coimbra, 1995), 453-454; e *infra*, § 68.

⁽⁹⁾ Vide ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., 254-256; Ruy de ALBUQUERQUE / Martim de ALBUQUERQUE, *o.c.*, 313-315 e 346; e Mário REIS MARQUES, *o.c.*, 9-18.

⁽¹⁰⁾ Vide Norberto BOBBIO, *o.c.*, 7-11 e 67; Ruy de ALBUQUERQUE / Martim de ALBUQUERQUE, *o.c.*, 285-315; CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação Jurídica*, cit., 352-353, e *O Princípio da Legalidade Criminal*, cit., 449-450; e Mário REIS MARQUES, *o.c.*, 14-18.

⁽¹⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 374-375 e 388; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del Derecho*, cit., 539; GARCÍA MAYNEZ, *o.c.*, 356-357; BAPTISTA MACHADO, *Intro-*

Com efeito, é necessário considerar a *ratio* da disposição a aplicar e averiguar se a sua extensão se justifica: se compreende, também, a situação a disciplinar ⁽²⁾. Por outro lado, os factos (o já previsto e o lacunoso) devem merecer a mesma valoração, importando considerar não todos os seus aspectos, mas, tão-só, os elementos decisivos ⁽³⁾. Se a diferença for essencial, a semelhança cessa e a analogia deixa de funcionar, abrindo-se, então, a possibilidade do recurso ao *argumentum a contrario* ⁽⁴⁾.

Como fundamento da analogia jurídica invoca-se o princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio* ⁽⁵⁾ que traduz uma ideia de justiça e de coerência normativa: a de disciplinar casos semelhantes de modo semelhante ⁽⁶⁾. Também a certeza do direito reclama a mesma solução ⁽⁷⁾.

62.2.1.3. Espécies

Dentro da analogia, distinguem-se tradicionalmente a:

1. *analogia legis*: é a operação mental que, partindo de uma norma jurídica concreta, purifica a sua ideia fundamental através da eli-

dução ao Direito, cit., 202; Miguel REALE, *o.c.*, 293; Angel LATORRE, *o.c.*, 100; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 446-447.

⁽²⁾ Vide Miguel REALE, *o.c.*, 293; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 69-70.

⁽³⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 374; LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 536; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 262; e FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 91.

⁽⁴⁾ Segundo este *argumentum*, se um objecto não é semelhante a outro em várias qualidades, também não o será na qualidade que se questiona. Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 236; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 446; e BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 328.

⁽⁵⁾ "Onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição".

⁽⁶⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 374; Norberto BOBBIO, *o.c.*, 101; LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 538; CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 191; BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 202, 326 e 329; Miguel REALE, *o.c.*, 292; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 262; CASTRO MENDES, *o.c.*, 261; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 445-446; e FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 91.

⁽⁷⁾ Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 202 e 326.

minação dos elementos não essenciais e, depois, aplica-a aos casos lacunosos, os quais só se distinguem da situação prevista naquela norma em pontos secundários e, por isso, não afastam intrinsecamente a essência da norma. É a analogia propriamente dita ⁽¹⁾;

2. *analogia iuris*: é a operação mental que, partindo duma pluralidade de normas jurídicas, desenvolve, por indução, um princípio geral do direito que, depois por dedução, aplica ao caso lacunoso. É a analogia também denominada geral ⁽²⁾, que se baseia no conhecimento de que a *ratio* comum às várias disposições individualmente consideradas também compreende o caso lacunoso ⁽³⁾.

Observa-se, todavia, que esta distinção traduz apenas uma diferença de grau porque, no fundo, somente a base da indução é mais restrita na *analogia legis* e mais ampla na *analogia iuris* ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 376; Karl ENGISCH, *o.c.*, 240; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del Derecho*, cit., 536; CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 192¹; Manuel de ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, cit., 104; Miguel REALE, *o.c.*, 294; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., 196; CASTRO MENDES *o.c.*, 262; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 262; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 455; FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 91; e Paulo Ferreira da CUNHA, *o.c.*, 459-460.

⁽²⁾ Karl ENGISCH apresenta-nos um exemplo: quando, de uma série de preceitos individuais do Código Civil que impõem a obrigação de indemnizar um dano causado culposamente por uma das partes na fase da contratação, se retira o princípio geral de que a simples iniciação das negociações fundamenta um dever de cuidado entre as partes, cuja violação induz em responsabilidade por culpa na formação dos contratos (a responsabilidade por *culpa in contrahendo*). Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 240. E também: Karl LARENZ, *o.c.*, 376-377; Manuel de ANDRADE, *ibidem*, 104; Miguel REALE, *o.c.*, 294; LEGAZ Y LACAMBRA, *ibidem*, 536; BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 200; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 262; CASTRO MENDES, *o.c.*, 262-263; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 263-275; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 455; FRANCISCO AMARAL, *o.c.*, 91; e Paulo Ferreira da CUNHA, *o.c.*, 460-461.

⁽³⁾ Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 377-381; e CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 192¹.

⁽⁴⁾ Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 240; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 457; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 71.

O nosso Código Civil consagra expressamente a *analogia legis*, a que manda recorrer, em primeiro lugar, na integração das lacunas ⁽⁵⁾. Todavia, não sendo a diferença essencial, mas apenas de grau, não afasta também o recurso à *analogia iuris* se entendermos que não funciona na criação da norma *ad hoc* nas lacunas denominadas "rebeldes à analogia" ⁽⁶⁾.

62.2.1.4. Limites

O recurso à analogia está proibido em determinadas matérias:

1. nas normas penais positivas. São as regras incriminatórias (que definem os crimes e estabelecem as penas e respectivos efeitos), onde o princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* implica a proibição de fundar a condenação e a punição numa lei que apenas mediatamente seja aplicável ⁽¹⁾. Esta proibição, que a nossa Constituição Política consagra ⁽²⁾, visa garantir a autonomia individual contra eventuais abusos do poder; por isso, não funciona nas regras penas negativas: que estabelecem as causas de justificação ou de exclusão da antijuridicidade ⁽³⁾;

⁽⁵⁾ Cf. art. 10.º, n.ºs 1 e 2.

⁽⁶⁾ Marcelo REBELO DE SOUSA e Sofia GALVÃO (*o.c.*, 71-72) consideram que o recurso à *analogia iuris* na criação da norma *ad hoc* está previsto no nosso Código Civil (art. 10.º, n.º 3), porque aquela apela ao espírito global do sistema jurídico português e "há que apelar aos princípios jurídicos e, daí, retirar uma regulamentação para o caso". Também BAPTISTA MACHADO (*ibidem*, 204-205) entende que "o legislador abrangeu estas questões (da *analogia iuris* e dos princípios gerais do direito) no n.º 3 do art. 10.º". Porém, OLIVEIRA ASCENSÃO (*ibidem*, 458) sustenta que a *analogia iuris* "não se confunde com a aplicação dos princípios gerais do direito, nem com a norma que o intérprete criaria". E GALVÃO TELLES (*o.c.*, I, 263-264) refere que "quer a *analogia legis* quer a *analogia iuris* revelam-se impotentes" e vê no recurso aos princípios gerais do Direito "a solução da nossa lei" (art. 10.º, n.º 3) porque os "contornos e conteúdos (do sistema) são afinal definidos pelos princípios gerais de Direito". Vide *infra*, § 62.2.2.

⁽¹⁾ Cf. art. 1.º, n.º 3, do Código Penal.

⁽²⁾ Cf. art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4.

⁽³⁾ Cf. art. 29.º, n.º 4, *in fine*, da Constituição Política. Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 242; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., 201; CASTRO MENDES,

2. no direito fiscal: segundo o princípio da legalidade fiscal, os impostos devem ser criados e disciplinados nos seus elementos essenciais através de lei. E, em obediência a este princípio que a nossa Constituição Política consagra ⁽⁴⁾, as suas lacunas são inintegráveis absolutamente: por analogia ou qualquer outro meio. Tais lacunas devem ser consideradas "políticas", ou seja, domínios que o legislador não quis disciplinar. Na base daquele princípio está a exigência de segurança jurídica que o recurso à analogia é susceptível de comprometer ⁽⁵⁾;
3. nas normas excepcionais: também estas normas, porque disciplinam somente determinadas situações (constituem um *ius singulare*) ⁽⁶⁾, não comportam aplicação analógica: a sua *ratio* não permite a extensão a outros casos. Na base desta proibição está o princípio *singularia non sunt extendenda* acolhido no nosso direito ⁽⁷⁾.

Além destas normas, o recurso à analogia está igualmente proibido quando a lei fixa uma enumeração completa (*numerus clausus*) ⁽⁸⁾;

o.c., 264; CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal*, cit., 385-419; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 447-448; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 70.

⁽⁴⁾ Cf. art. 103.º, n.ºs 2 e 3.

⁽⁵⁾ Cf. art. 11.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 1 de Dezembro. Vide Diogo LEITE DE CAMPOS, *Interpretação das Normas Fiscais em Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (Lisboa, 1999), 24-25; e José CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal* (Coimbra, 2000), 139-153 e 190-191.

⁽⁶⁾ Vide *supra*, § 26.

⁽⁷⁾ Cf. art. 11.º do Código Civil. Segundo BAPTISTA MACHADO (*Introdução ao Direito*, cit., 327-328), se tomarmos por interpretação extensiva "aquela que permite aplicar uma norma a casos não cobertos pela sua letra (qualquer que seja o sentido, mais ou menos amplo, a atribuir às palavras da lei), mas abrangidos pelo seu espírito", o art. 11.º "permite afinal a *analogia legis*, e só não permite a *analogia iuris*". Vide também: Karl ENGISCH, *o.c.*, 240-241; CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 192-193²; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 448-453; Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 70; e *supra*, § 62.2.1.3.

⁽⁸⁾ *V. g.*, o art. 1306.º, n.º 1 do nosso Código Civil não permite a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares

reserva expressamente certo regime a casos específicos ⁽⁹⁾; e nas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, excepto nos casos expressamente previstos na Constituição Política ⁽¹⁰⁾.

66.2.2. A criação de uma norma ad hoc

Nas lacunas em que o recurso à analogia não se afigura possível ⁽¹⁾, porque a capacidade de expansão lógica e teleológica da norma ou grupo de normas não basta para descobrir e fundamentar a decisão procurada ⁽²⁾, o nosso Código Civil determina que a sua integração se faça "segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema" ⁽³⁾.

Trata-se duma solução que já se tornara corrente na doutrina sobre a interpretação do art. 16.º do Código de Seabra, segundo a qual, se as questões não puderem ser resolvidas "pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso" ⁽⁴⁾. Entretanto, esta solução, que remonta a Aristóteles ⁽⁵⁾, foi consagrada no Código Civil suíço de 1907

deste direito, senão nos casos previstos na lei. Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 201 e 330.

⁽⁹⁾ *V. g.*, o art. 483.º, n.º 2, do nosso Código Civil determina que só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei. Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 201.

⁽¹⁰⁾ Cf. art. 18.º, n.ºs 2 e 3. Vide Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 70.

⁽¹⁾ São as lacunas "rebeldes à analogia". Vide CASTRO MENDES, *o.c.*, 265-266; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 465.

⁽²⁾ Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 243.

⁽³⁾ Cf. art. 10.º, n.º 3.

⁽⁴⁾ Vide CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 193-199; e Paulo Ferreira da CUNHA, *o.c.*, 461-464.

⁽⁵⁾ *Ética a Nicómaco* V, 14: "Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. Le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi". É a tradução francesa de J. VOILQUIN *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, cit., 313⁸⁵.

que determinou: "à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur" (6).

Embora não tenha deixado de suscitar o prolema delicado de saber como o juiz devia comportar-se como legislador (7), é essa a orientação que historicamente se formou e constitui, hoje, a solução consagrada no nosso Direito sem, todavia, deixar de ser problemática. Efectivamente, a oportunidade do recurso aos princípios gerais do direito e à analogia continuam a alimentar diferentes entendimentos, a que se junta a natureza da *norma* referida no art. 10.º, n.º 3, do nosso Código Civil.

Importa esclarecê-los.

Quanto à primeira questão (saber se o juiz deve integrar a lacuna, segundo a sua sensibilidade jurídica ou orientar-se pelos valores jurídicos comunitários), a referência ao "espírito do sistema", em que deve actuar, constitui uma pauta de objectividade que limita a sua liberdade e impede o sentimento jurídico e o arbítrio (8). Com efeito, o "espírito do sistema" é definido pelos princípios gerais do direito que, assim, guiam o juiz na sua função de completar, harmónica e coerentemente, a obra legislativa (9). Simplesmente, se há um apelo aos princípios gerais do direito, a analogia também não estará ausente na sua versão mais complexa que caracteriza a *analogia iuris* ou geral, porque permite inferi-los de várias disposições jurídicas: "os princípios gerais obtêm-se à custa duma série indefinida de analogias", observa CABRAL DE MONCADA (10).

(6) Cf. art. 1.º. Aí se refere, ainda, que o juiz "s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence". Vide CASTRO MENDES, *o.c.*, 265; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 264; Manuel de ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, cit., 125¹; e CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, cit., 309.

(7) Vide KARL ENGISCH, *o.c.*, 250-251.

(8) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 462-464; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 71-72.

(9) Vide Manuel de ANDRADE, *ibidem*, 125-129; Angel LATORRE, *o.c.*, 101-102; GARCIA MAYNEZ, *o.c.*, 359; CASTRO MENDES, *o.c.*, 265-266; e GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 263-264.

(10) Vide CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 194-195. E também: KARL LARENZ, *o.c.*, 376-377; KARL ENGISCH, *o.c.*, 240. Contra, sustentando que a *analogia iuris* "não

Finalmente, a *norma* assim criada esgota-se no caso concreto, isto é, não adquire carácter vinculativo para casos futuros ou para outros julgadores (11). Deste modo, pergunta-se que motivo terá levado o legislador a ordenar que o intérprete deve recorrer à elaboração duma *norma*. Há quem entenda que se trata dum postulado que não é simplesmente metodológico, porque decorre da própria natureza do Direito e torna-se necessário para o intérprete se enquadrar no espírito do sistema: "só isolando (abstraindo) das particularidades do caso concreto e encarando o problema jurídico na sua generalidade, que corresponde à resposta a dar-lhe por uma norma geral e abstracta, é possível proceder à sua localização ou enquadramento no sistema" (12). Mas há, também, quem sustente que persiste, aqui, a estrutura metódica do normativismo, para a qual só com base na ideia do geral-abstracto pode entender-se a decisão de direito: assim como o legislador, também o juiz deve subir à formulação de uma regra (*norma*) para os casos daquele tipo e depois aplicá-la-á segundo o método tradicional (o esquema normativista-subsumtivo) ao caso decidendo (13).

se confunde com a aplicação dos princípios gerais do direito nem com a norma que o intérprete criaria, e destina-se a resolver outras necessidades", vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 458.

(11) Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 203; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 466.

(12) Transcrevemos BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 203-204.

(13) Assim considera CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, cit., 309-328. O Autor critica a solução consagrada no art. 1.º do Código Civil suíço, em cuja fórmula entende que "não é difícil reconhecer-se implícito o princípio da juridicidade segundo o normativismo". Ao direito, porque postula a objectividade, "ser-lhe-ia essencial uma estrutura abstracta" (implicaria o geral-abstracto) e a decisão judicial deve deduzir-se duma norma geral. CASTANHEIRA NEVES considera esta pretensão metódica irrealizável, porque "a abstracção (de que resulta a norma) terá de ser orientada por um critério de relevância que nos diga o que importa considerar-se no caso, por ser geral, e o que nele não importa, por ser individual". E "não se dispendo antecipadamente de um critério geral de relevância jurídica pelo qual se pudesse concluir (...) que o caso decidendo é um caso jurídico de um determinado tipo (...), a relevância jurídica do caso não pode ser outra senão aquela que lhe projecta o problemático sentido jurídico com que o assume, e constitui, uma autónoma abertura à juridicidade". O Autor denuncia a errada interpretação de ARISTÓTELES, KANT e STAMMLER, cujos pensamentos não terão

66.3. Processos extra-sistemáticos

66.3.1. Normativos

Segundo esta via, as lacunas integrar-se-iam através de normas que os órgãos com competência legislativa deviam elaborar. O juiz comunicaria a existência duma situação lacunosa ao legislador e este dar-lhe-ia a norma jurídica necessária. Assim, cumprir-se-ia o princípio da separação de poderes constitucionalmente consagrado ⁽¹⁾. Foi este o sistema defendido pela Escola da Exegese, através do instituto do *référé législatif* que, todavia, o *Code Civil* francês não acolheu ⁽²⁾.

Com efeito, logo se impuseram razões práticas: a excessiva morosidade; a dificuldade de legislar com base, apenas, numa situação, quicá deficientemente definida; e o não conhecimento antecipado da lei pelos interessados, fonte de incerteza e insegurança na vida jurídica ⁽³⁾.

Impõe-se, no entanto, uma referência histórica: as nossas Ordenações determinaram o recurso ao rei, quando o caso lacunoso não fosse solucionado, sucessivamente, pelo Direito Romano, Direito Canónico, Glosa de Acúrsio e opinião de Bártolo ⁽⁴⁾. Todavia, o Código Civil de

deixado de influenciar o legislador suíço; e entende que "a decisão das lacunas só poderá resolver-se, para além dos casos em que seja possível e válido o recurso à analogia, pela abertura a intervenções jurídicas transistemáticas (a avocar para além do sistema positivo) que hajam de assumir-se no caso concreto". Ainda segundo CASTANHEIRA NEVES, "trata-se de uma juridicidade concreta (não geral-abstracta) que em referência ao caso historicamente concreto se constitui". E conclui: "Estamos pois perante a chamada *epiqueya* aristotélica, perante a aceitação da relevância concreta do caso jurídico. Pelo que é de lamentar que se tenda entre nós a interpretar o art. 16.º (do Código Civil de 1867) de modo a fazê-lo aproximar (quando não a ver nele o mesmo sentido) do art. 1.º do Código suíço, na sua mais repudiável interpretação de normativismo abstracto".

⁽¹⁾ Cf. art. 111.º, n.º 1, da Constituição Política.

⁽²⁾ Vide CASTANHEIRA NEVES, *Escola da Exegese*, cit., 185; e *supra*, §§ 22.2.2.1. e 60.

⁽³⁾ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 439-440; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 68-69.

⁽⁴⁾ Cf. Ordenações Afonsinas II, 9, 2 *in fine*; Ordenações Manuelinas II, 5, 2; e Ordenações Filipinas II, 64, 3. Vide ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., 313-318.

1867 abandonou este sistema e consagrou uma nova perspectiva, segundo a qual há que recorrer à analogia (primeiro) e aos princípios de direito natural (depois) ⁽⁵⁾.

A via dos processos normativos foi, portanto, afastada.

66.3.2. Discricionários

Segundo este sistema, a integração das lacunas ocorreria quando se atribui a uma entidade administrativa o poder de resolver, com base em razões de oportunidade ou conveniência, determinadas situações. Porém, apenas se oferece uma solução *in concreto* e não disposições genéricas (normas jurídicas); por isso, esgotando-se a decisão no caso *sub iudice*, não se aplica às situações do mesmo género que surjam no futuro. Além dos inconvenientes do sistema anterior, a via da solução discricionária não afasta as lacunas futuras ⁽¹⁾.

Importa, todavia, ter presente que não estamos perante verdadeiras lacunas, mas de situações em que à Administração Pública é permitido actuar na execução e aplicação da lei que fixa negativamente o limite à sua actuação e positivamente a própria norma de acção ⁽²⁾. E se não há lacunas, não devemos falar de processos discricionários de integração.

66.3.3. Equitativos

Além de outras funções (dulcificação da lei, resolução, flexibilização da norma jurídica e correcção da lei) ⁽¹⁾, a equidade desempenharia também, segundo o entendimento tradicional, uma função integradora: a de ponderar as circunstâncias do caso (lacunoso) que reclama uma solução jurídica.

⁽⁵⁾ Cf. art. 16.º Vide CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, cit., 189-199; e ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., 445-447.

⁽¹⁾ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 440.

⁽²⁾ Vide CASTANHEIRA NEVES, *O Problema da Discricionariedade*, em *Digesta*, 1 (Coimbra, 1995), 531-596, *maxime* 551-566 e 595-596; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 69.

⁽¹⁾ Vide *supra*, § 14.4.

que determinou: "à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur" (6).

Embora não tenha deixado de suscitar o prolema delicado de saber como o juiz devia comportar-se como legislador (7), é essa a orientação que historicamente se formou e constitui, hoje, a solução consagrada no nosso Direito sem, todavia, deixar de ser problemática. Efectivamente, a oportunidade do recurso aos princípios gerais do direito e à analogia continuam a alimentar diferentes entendimentos, a que se junta a natureza da *norma* referida no art. 10.º, n.º 3, do nosso Código Civil.

Importa esclarecê-los.

Quanto à primeira questão (saber se o juiz deve integrar a lacuna, segundo a sua sensibilidade jurídica ou orientar-se pelos valores jurídicos comunitários), a referência ao "espírito do sistema", em que deve actuar, constitui uma pauta de objectividade que limita a sua liberdade e impede o sentimento jurídico e o arbítrio (8). Com efeito, o "espírito do sistema" é definido pelos princípios gerais do direito que, assim, guiam o juiz na sua função de completar, harmónica e coerentemente, a obra legislativa (9). Simplesmente, se há um apelo aos princípios gerais do direito, a analogia também não estará ausente na sua versão mais complexa que caracteriza a *analogia iuris* ou geral, porque permite inferi-los de várias disposições jurídicas: "os princípios gerais obtêm-se à custa duma série indefinida de analogias", observa CABRAL DE MONCADA (10).

(6) Cf. art. 1.º Af se refere, ainda, que o juiz "s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence". Vide CASTRO MENDES, *o.c.*, 265; GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 264; Manuel de ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, cit., 125¹; e CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, cit., 309.

(7) Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 250-251.

(8) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 462-464; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 71-72.

(9) Vide Manuel de ANDRADE, *ibidem*, 125-129; Angel LATORRE, *o.c.*, 101-102; GARCIA MAYNEZ, *o.c.*, 359; CASTRO MENDES, *o.c.*, 265-266; e GALVÃO TELLES, *o.c.*, I, 263-264.

(10) Vide CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, 194-195. E também: Karl LARENZ, *o.c.*, 376-377; Karl ENGISCH, *o.c.*, 240. Contra, sustentando que a *analogia iuris* "não

Finalmente, a *norma* assim criada esgota-se no caso concreto, isto é, não adquire carácter vinculativo para casos futuros ou para outros julgadores (11). Deste modo, pergunta-se que motivo terá levado o legislador a ordenar que o intérprete deve recorrer à elaboração duma *norma*. Há quem entenda que se trata dum postulado que não é simplesmente metodológico, porque decorre da própria natureza do Direito e torna-se necessário para o intérprete se enquadrar no espírito do sistema: "só isolando (abstraindo) das particularidades do caso concreto e encarando o problema jurídico na sua generalidade, que corresponde à resposta a dar-lhe por uma norma geral e abstracta, é possível proceder à sua localização ou enquadramento no sistema" (12). Mas há, também, quem sustente que persiste, aqui, a estrutura metódica do normativismo, para a qual só com base na ideia do geral-abstracto pode entender-se a decisão de direito: assim como o legislador, também o juiz deve subir à formulação de uma regra (*norma*) para os casos daquele tipo e depois aplicá-la-á segundo o método tradicional (o esquema normativista-subsumtivo) ao caso decidendo (13).

se confunde com a aplicação dos princípios gerais do direito nem com a norma que o intérprete criaria, e destina-se a resolver outras necessidades", vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 458.

(11) Vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 203; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 466.

(12) Transcrevemos BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 203-204.

(13) Assim considera CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, cit., 309-328. O Autor critica a solução consagrada no art. 1.º do Código Civil suíço, em cuja fórmula entende que "não é difícil reconhecer-se implícito o princípio da juridicidade segundo o normativismo". Ao direito, porque postula a objectividade, "ser-lhe-ia essencial uma estrutura abstracta" (implicaria o geral-abstracto) e a decisão judicial deve deduzir-se duma norma geral. CASTANHEIRA NEVES considera esta pretensão metódica irrealizável, porque "a abstracção (de que resulta a norma) terá de ser orientada por um critério de relevância que nos diga o que importa considerar-se no caso, por ser geral, e o que nele não importa, por ser individual". E "não se dispondo antecipadamente de um critério geral de relevância jurídica pelo qual se pudesse concluir (...) que o caso decidendo é um caso jurídico de um determinado tipo (...), a relevância jurídica do caso não pode ser outra senão aquela que lhe projecta o problemático sentido jurídico com que o assume, e constitui, uma autónoma abertura à juridicidade". O Autor denuncia a errada interpretação de ARISTÓTELES, KANT e STAMMLER, cujos pensamentos não terão

Porém, este entendimento (que tem, na sua base, uma concepção normativista e legalista de justiça que afirma uma igualdade lógico-abstracta com sacrifício da justiça do concreto e em que, por isso, tinha sentido o recurso a equidade para desempenhar aquelas funções) está superado e coloca-se, hoje, o caso concreto no centro das preocupações da metodologia jurídica. Em consequência, a equidade é entendida como um momento da concreta realização do direito, constituindo uma dimensão ontológica da justiça.

Sendo a justiça do caso concreto, a equidade está presente na aplicação das normas jurídicas e, portanto, não constitui um processo de integração (2). Aliás, o nosso Código Civil exclui-a quando, na criação duma norma *ad hoc* (3), determina que o interprete deve actuar "dentro do espírito do sistema" e não segundo as circunstâncias do caso concreto (4), como dispunha o velho Código de Seabra (5).

CAPÍTULO II

NOVA PERSPECTIVA METODOLÓGICA

§ 67. A crise da concepção tradicional

A teoria tradicional distinguia a interpretação e a integração: aquela procurava determinar o sentido normativo (a norma jurídica) que uma fonte do direito se propunha oferecer; esta ocupava-se de problemas jurídicos para os quais, não existia uma solução jurídica e, por isso, criava a norma jurídica que faltava. A primeira seria reprodutiva ou declarativa; a segunda, produtiva ou constitutiva (1). Enquanto a inter-

(2) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., 441-444; e Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *o.c.*, 69.

(3) Vide *supra*, § 66.2.2.

(4) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, 462.

(5) Cf. art. 16.º Vide CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, cit., 327-328.

(1) Vide CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal*, em *Digesta I* (Coimbra, 1995), 422; e Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., 801-900.

pretação actuaria na esfera do sentido literal possível, a integração ultrapassava-a sobretudo através da analogia: o sentido literal assinalava o limite da interpretação (2). Depois, retirada a norma da fonte interpretada (a lei), o juiz aplicá-la-ia através duma simples operação lógica de subsunção do caso decidendo: a norma legal seria o ponto de partida, o *prius* metodológico a que se seguiria a realização do direito (3).

Porém, este entendimento, que reflecte o pensamento positivista (4), está em manifesta superação (5). Com efeito, os seus pressupostos ruíram: a lei, que se considerava expressão duma acrítica *voluntas legislatoris* que a criava *ex nihilo*, é agora entendida como manifestação dum pensamento que, devendo justificar-se e legitimar-se pela sua referência a valores jurídicos que lhe conferem a unidade e coerência de um "sistema intrínseco", importa compreender, restringir, completar e corrigir com base em valorações que pertencem ao cosmos mais amplo do direito no qual a lei se insere (6). Aliás, mesmo no tempo em que o positivismo legalista era dominante, foi necessário traçar limites à vinculação do juiz no caso de a lei ser injusta (7), não faltando quem, já em 1915, defendesse a obrigação de se afastar conscientemente da lei contrária ao sentimento ético da generalidade das pessoas (8); ou afirmasse, em 1931, que o legislador não é inteiramente livre, porque deve seguir certas valorações fundamentais (9). Porém, foi a partir de 1945 que a questão da invalidade das leis injustas se impôs com particular energia, consti-

(2) Vide Karl LARENZ, *o.c.*, 318-320, 350-351 e 425; e CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, 424 e 428-429.

(3) Vide CASTANHEIRA NEVES, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, cit., 47-48.

(4) Vide *supra*, § 22.2.2.1.

(5) Vide BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., 192; CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação Jurídica*, cit., 368-371, *O Princípio da Legalidade Criminal*, cit., 453, e *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, cit., 45-341; e Paulo Ferreira da CUNHA, *o.c.*, 393-402.

(6) Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 263, 308 e 320-321; e BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, 197-198, 205 e 208-216.

(7) Vide Karl ENGISCH, *o.c.*, 270.

(8) Assim, Hans REICHEL, *apud* Karl ENGISCH, *o.c.*, 272-273.

(9) Assim, BELING, *apud* Karl ENGISCH, *o.c.*, 273.